Das

Jagd- und Fischereirecht.

Ein civilistischer Beitrag

zur Theorie der ausschließlichen Aneignungsrechte des

österreichischen Rechtes

mit

besonderer Beziehung auf das deutsche Recht

von

Dr. Josef Freih. v. Anders,

Docent an der k. k. Universität Graz.

Innsbruck.

Verlag der Wagner'schen Universitäts-Buchhandlung in Innsbruck.

1884.

Druck der Wagner'schen Universitäts-Buchdruckerei.

Es gibt gewiß wenige Rechte, welche in der österreichischen Civilrechtswissenschaft eine solche Vernachlässigung erfahren haben, wie die sogenannten ausschließlichen Aneignungsrechte. Und doch beanspruchen dieselben nach den verschiedensten Richtungen hin, namentlich in Beziehung auf Systematik und Construction, gewiß ein nicht geringes juristisches Interesse. Die in letzterer Hinsicht sich aufdrängenden Fragen bilden in der heutigen Wissenschaft zum Theil noch ungelöste Streitfragen und sind bisher vom Standpunkte des österreichischen Rechtes fast ausnahmslos noch nicht Gegenstand einer auch nur einigermaßen gründlichen Untersuchung gewesen. In Würdigung dieses Sachverhaltes dürfte es nicht überflüssig erscheinen, jenen Rechten in dem angedeuteten Sinne eine eingehende Beachtung zu schenken.

Unter allen ausschließlichen Aneignungsrechten bietet das Jagdrecht und das demselben fast durchgehends analoge Fischereirecht die meisten Schwierigkeiten. Keinen anderen Rechten der erwähnten Kategorie ist eine so complicirte juristische Structur eigen, und gerade bezüglich dieser Rechte sind die sich aufdrängenden Streitfragen, wenn auch nicht in der österreichischen Civilrechtswissenschaft, am lebhaftesten discutirt worden. Ich erinnere in dieser Beziehung an die bekannte „Vexirfrage des deutschen Rechtes“ nach dem Eigentum am „Wildergute“, welcher selbst hervorragende Schriftsteller ein nicht geringes juristisches Interesse beimessen. Schon im Hinblick auf diesen Sachverhalt hielt ich es für gerathen, dem Jagd- und Fischereirechte meine besondere Aufmerksamkeit zu widmen und auf Grund

der gewonnenen Ergebnisse zum Zwecke der Vergleichung nur einen flüchtigen Blick auf die übrigen Aneignungsrechte zu werfen.

Dieses Vorgehen dürfte noch in anderen Umständen seine Rechtfertigung finden.

Das Jagdrecht hat in Oesterreich im Wege der Reichs- wie der Landesgesetzgebung eine eingehende Normirung erfahren. Vom civilrechtlichen Standpunkte aus ist diese Gesetzgebung, die Wildschadenersatzfrage ausgenommen, noch gar nicht oder doch nur in Bezug auf wenige Punkte oder in unzulänglicher Weise [1]) bearbeitet worden. Diese Gesetzgebung enthält nicht nur keine ausdrückliche Entscheidung der meisten das Jagdrecht betreffenden civilrechtlichen Streitfragen, sondern läßt deren Beantwortung in Folge der verfehlten Textirung und des Mangels an Einheitlichkeit noch zweifelhafter erscheinen. Dasselbe gilt, wenn auch in weit geringerem Maße, von der österreichischen, erst im Werden begriffenen Fischereigesetzgebung. Das bevorstehende deutsche Civilgesetzbuch wird zu den in dieser Abhandlung erörterten Fragen Stellung nehmen müssen. Die Zuweisung derselben an den künftigen deutschen Civilcodex ist denn auch in dem im Jahre 1880 im preußischen Landtage eingebrachten Entwurfe einer neuen Jagdordnung [2]) ausdrücklich ausgesprochen worden. In Oesterreich wird von maßgebender Seite eine Reform unserer Jagdgesetzgebung lebhaft gewünscht und angestrebt. Allen diesen

---

[1]) Die einzige übrigens theilweise schon veraltete und ungenügende Gesammtdarstellung, welche auch civilrechtliche Fragen berücksichtigt, rührt von Schopf her: „Die Jagdverfassung, das Jagdrecht und die Jagdpolizei in den Kronl. d. österr. Kaiserstaates", 1. Aufl., 1834, 4. Aufl., 1858.

[2]) Siehe Drucksachen des Herrenh. Nr. 72, S. 25 ff. Der Entwurf erklärt, die Bestimmungen über Begriff und Umfang des Jagdrechtes, über dessen Verhältnis zum Rechte des freien Thierfanges, über die Wirkungen der Occupation von Fallwild oder widerrechtlich erlegtem Wilde, über abgeworfene Geweihe u. s. w. seien, weil in die civilrechtliche Lehre von der Occupation gehörig, der Civilgesetzgebung vorzubehalten.

Thatsachen gegenüber dürfte die Lösung der Aufgabe, welche sich die vorliegende Abhandlung gestellt hat, weder in wissenschaftlicher, noch in praktischer Beziehung als ein müßiges Beginnen erscheinen [3]).

---

[3]) Um Misverständnisse zu vermeiden, bemerke ich ausdrücklich, daß ich bei Erörterung der das Jagdrecht betreffenden Fragen in erster Linie das Grundjagdrecht im Auge habe, welches ja heutzutage, namentlich in Oesterreich, Deutschland und Frankreich, als das Jagdrecht in seiner modernen Gestaltung erscheint. Die Beantwortung der Frage, welche von den gewonnenen Ergebnissen auch auf das Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden Anwendung finden, unterliegt keinen Schwierigkeiten.

I.

Juristischer Zusammenhang zwischen Grundeigentum und Grundjagdrecht.

Nach den mannigfaltigsten Wandlungen hat das moderne Recht in wesentlichem Anschlusse an den ursprünglichen Rechtszustand das Jagdrecht mit dem Grundeigentum wieder in unlösliche Verbindung gebracht [4]). Wie haben wir uns aber diesen Zusammenhang juristisch zu denken? Wir stehen vor einer Alternative. Entweder ist das Jagdrecht ein integrirender Bestandtheil des Eigentums, ein Complex von Befugnissen, der zum Inhalte des Eigentums gehört und nur wegen seiner Eigenartigkeit mit einem besonderen Namen bezeichnet wird; oder wir haben es mit einem an sich selbständigen Rechte zu

---

[4]) Ueber die Geschichte des Jagdrechtes in Deutschland und Oesterreich siehe insbesondere: Stieglitz, Geschichtliche Darstellung der Eigenthumsverhältnisse an Wald und Jagd in Deutschland, Leipzig 1832; Riccius, Zuverlässiger Entwurf der in Deutschland üblichen Jagdgerechtigkeit, 2. Aufl., Frankfurt a. M., 1772; auch Seibertz, Das Westfälische Jagdrecht, Arnsberg, 1852; Neubauer, Zusammenstellungen des in Deutschland geltenden Rechts betreffend verschiedene Rechtsmaterien . . ., Berlin, 1880, S. 85 ff.; die Handbücher des deutschen Privatrechtes von Stobbe, Gengler, Gerber, Walter, Beseler, Bluntschli, Mittermaier, Maurenbrecher u. A.; außerdem den Artikel „Jagdrecht" von Emminghaus in Ersch und Gruber's Encyclopädie, 2. Sect., Bd. XIV, S. 97 ff. und von Salza in Weiske's Rechtslexikon, Bd. V, S. 420 ff. Ueber die Entwickelung in Frankreich siehe z. B. Encyclopédie méthodique. Jurisprudence. Paris, 1783,

thun, welches sich zufolge gesetzlicher Bestimmung als ein mit dem Grundeigentum untrennbar verknüpftes Realrecht darstellt. Im ersteren Falle wäre die Ausübung des Jagdrechtes lediglich Eigentumsausübung und es fände demgemäß auch im Grundeigentum selbst seinen Schutz. Im letzteren Falle dagegen läge ein lediglich durch seine Eigenschaft als Realrecht vom Eigentum beeinflußtes Recht vor, dessen Natur durch jene Verknüpfung noch gar nicht bestimmt wird.

Die moderne Gesetzgebung betont blos die bezeichnete Verbindung von Grundeigentum und Jagdrecht, ohne jedoch zugleich die aufgeworfene Frage ausdrücklich zu entscheiden. So erklären die Grundrechte des deutschen Volkes § 37: „Im Grundeigentum liegt die Berechtigung zur Jagd auf eigenem Grund und Boden. Die Jagdgerechtigkeit auf fremdem Grund und Boden . . . (ist) . . . . . aufgehoben" — (respektive „nur ablösbar") und „darf in Zukunft nicht wieder als Grundgerechtigkeit bestellt werden." Diese Bestimmung wird wörtlich, wie z. B. im bayerischen Jagdausübungsgesetze vom 30. März 1850 Art. 1, oder doch in ähnlichen Wendungen von vielen deutschen Particulargesetzen reproducirt. Fast Alle aber heben die Verbindung von Jagdrecht und Eigentum in Ausdrücken hervor, welche einen sicheren Schluß auf eine bestimmte Auffassung durchaus nicht gestatten [5]).

Tome II. Art. »Chasse«, S. 544—561; über jene in England siehe Gneist, Geschichte und heutige Gestalt der englischen Communalverfassung, 2. Aufl., Berlin 1863, I. Bd., S. 302 und 303 und S. 648 ff.; Stephen, New commentaries of the laws of England, London, vol. III. (1842) S. 17 ff. Beim Fischereirecht hat sich heutzutage eine derartige Rückkehr noch nicht überall vollzogen; siehe Neubauer, l. c. S. 102 ff. und über die Entwickelung und den gegenwärtigen Rechtszustand in Oesterreich Peyrer, Fischereibetrieb und Fischereirecht in Oesterreich, Wien, 1874, insbes. S. 108 ff. und 118 ff. und die Erläuterungen zu dem neuesten österr. Reichsfischereigesetzentwurf von 1883 (Beilagen zu den sten. Prot. d. Abg.-H., IX. Sess., 4. Bd., Nr. 649).

[5]) Es genügt in dieser Beziehung ein Hinweis auf die Zusammenstellung bei Neubauer l. c. S. 85 ff.; siehe auch S. 102 ff. Beliebte

Dieselbe Erscheinung tritt uns in den österreichischen Gesetzen entgegen; so im böhmischen Jagdges. v. 1. Juni 1866 § 1: „Das Jagdrecht ist Ausfluß des Grundeigentums.“ Das Pat. v. 7. März 1849 § 1 erklärt blos: „Das Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden ist aufgehoben [6]). Noch unbestimmter drückt sich das kroatische Jagdges. v 5. Jänner 1871 aus.

Nicht weniger schwankend und unbestimmt ist die Terminologie in der älteren und neueren Literatur, sowie in den gerichtlichen Entscheidungen. Auch hier begnügt man sich häufig mit der vagen Ausdrucksweise „Folge“, „Ausfluß“ des Eigentums (z. B. Stieglitz S. 26, Seibertz S. 21, 115, 172) „aus dem Eigentum über Grund und Boden hervorgehende Befugnis“ (Schopf S. 1), „Jagdrecht ratione soli“ (Stephen, II. S. 83) u. dgl. Hie und da begegnen wir allerdings einer präciseren Wortfassung; diese verschafft uns aber sofort die Ueberzeugung, daß die aufgeworfene Frage eine sehr verschiedene Beantwortung findet. Manche fassen das moderne Grundjagdrecht thatsächlich auf als integrirenden Bestandtheil des

---

Formeln sind: Jedes Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden ist aufgehoben; eine Trennung des Jagdrechtes von Grund und Boden kann als dingliches Recht künftig nicht stattfinden; die Jagd steht jedem Grundbesitzer auf seinem Grund und Boden zu, (so z. B. preuß. Gesetz vom 3. Okt. 1848, §. 1—3); oder: im Grundeigentum liegt die Berechtigung zur Jagd auf eigenem Grund und Boden, (so z. B. württemb. Gesetz vom 17. Aug. 1879, Art. 1, badisches Gesetz vom 2. Dez. 1850, §. 1); oder auch: Ausfluß des Grundeigentums (z. B. das sächs. Jagdausübungsgesetz vom 1. Aug. 1864, §. 1). Aehnliche Wendungen finden wir in den Fischereigesetzen: z. B. „Folge“ oder „Ausfluß des Grundeigentums“ u. dgl. Ganz allgemein drückt sich auch aus das französ. Jagdpolizei-Gesetz vom 3. Mai 1844 Art. 1: Nul n'aura la faculté de chasser sur la propriété d'autrui sans le consentement du propriétaire ou de ses ayants droits«; siehe auch loi du 22. janv. 1874.

[6]) Auch die frühere ungarische Gesetzgebung erklärte lediglich, daß dem Grundeigentümer das Jagdrecht zustehe; siehe den Ges.-Art. XXII von 1729; das Theresian. Urbar. v. J. 1767, Hptst. VI und die Landtagsbeschlüsse von 1802, Ges.-Art. XXIV.

Eigentums [7]); und die gleiche Ansicht finden wir zuweilen auch in der Praxis vertreten [8]). Diese Auffassung ist vom Standpunkte des römischen Rechtes gewiß die allein richtige, selbst wenn man mit Wächter [9]) und Wendt [10]) annimmt, es sei dem römischen Rechte ein mit einer gewissen Ausschließlichkeit ausgestattes Jagdrecht nicht unbekannt gewesen. Möglich, daß dieselbe auch dem deutschen Grundjagdrechte der ältesten Zeit entsprach, bezüglich dessen sich jedoch das juristische Verhältnis zwischen Jagdrecht und Grundeigentum mit voller Zuverlässigkeit nicht feststellen läßt.

Gewiß ist die eben erwähnte Anschauung mit dem Eigentums-Begriffe ganz wohl verträglich. Mag man nun Eigentümer Denjenigen nennen, welcher durch generelles Verbot im Genusse einer (körperlichen) Sache im relativ weitesten Umfange, jedoch innerhalb der durch das objective Recht gezogenen Schranken geschützt wird [11]); oder Jenen, dessen Wille (an sich) für eine Sache entscheidend ist in der Gesammtheit ihrer Be-

---

7) So z. B. Brater in Dollmann's Gesetzgebung d. Königr. Bayern, Thl. III, Heft 1 (1853), S. 88: „Auf dem Standpunkt dieser neuen Gesetzgebung (bayr. Jagdausüb.-Gesetz v. 1850) ist das Jagdrecht nichts Anderes als das Eigentumsrecht angewendet auf eine bestimmte Kategorie von Handlungen des Eigenthümers". Aehnlich Dalcke, Das preuß. Jagdrecht, Breslau, 1864, S. 5 („Bestandtheil es Eigentumsrechts"); Schopf, l. c., 4. Aufl., 1858, S. 9 („Bestandtheil des Gutscomplexes" oder des „jagdberechtigten Gutes"), S. 10 („untrennbarer Bestandtheil") u. dgl." Deutlicher drückt sich aus: Gengler, deutsches Privatrecht, 3. Aufl., 1876, S. 94, Z. 1 „(Nutzungs-Berechtigung . . . aus dem Grundeigentum fließend und mit demselben verbunden").

8) Siehe die auf S. 20 cit. Entscheidungen.

9) C. Gg. Wächter, Das Jagdrecht und die Jagdvergehen (in der Sammlung von Abhandlungen der Leipziger Juristenfacultät", Bd. I. S. 331 ff.).

10) O. Wendt, Römisches Jagdrecht (in den Jahrbüchern für die Dogm., Bd. 19, S. 372 ff.). Die gemeine Meinung ist dies derzeit noch nicht.

11) Aehnlich Thon, Rechtsnorm und subject. Recht, (1878), S. 161.

ziehungen [12]): in Widerstreit mit dem Eigentumsbegriff wird man kaum gerathen, wenn man das Jagdrecht als in jener „Fülle des Rechtes" enthalten ansieht und demgemäß die Ausübung des Jagdrechtes lediglich als Eigentumsausübung betrachtet. Auch die Legaldefinitionen des österreichischen a. b. G. B. § 353 und 354, ebenso des Pr. L. R. I. 8, § 1 stehen jener Construction durchaus nicht entgegen. Insbesondere darf nicht unerwähnt bleiben, daß beide Gesetzbücher die Bestandtheile des (vollen) Eigentumsrechtes in Proprietät und Nutzungsrecht zerlegen und unter Letzterem das ausschließliche Recht auf Gebrauch und Ertrag bestehen, (a. b. G. B. § 357 und Pr. L. R. I. 8 § 10—12.) Zum Ertrage gehört aber bei Grundstücken ohne Zweifel häufig, zuweilen selbst einzig und allein, der Jagdertrag, auf welchen dem Usufructuar unbestrittener Meinung zufolge, ja sogar kraft positivrechtlicher Festsetzung ein exclusives Anrecht zusteht [13]). Dennoch dürfte die Ansicht, welche in dem heutigen österreichischen und

---

[12]) Windscheid, Pandekten, 4. Aufl., Bd. I. § 167; andere Definitionen ebendas. Anm. 5; vgl. auch Randa, das Eigentumsr. nach österr. Rechte, I. (1884) S. 1—10.

[13]) Siehe für das röm. Recht Wendt l. c. §. 2, insbes. S. 384. Daß man nach deutschem Recht den Ertrag von Jagd, Fischerei und Vogelfang zu den Früchten des Grundstückes zählte, unterliegt keinem Zweifel. Dieser Ertrag wird denn auch von sämmtlichen Commentatoren des a. b. G. B. im Hinblick auf §. 511 dem Usufruktuar zugesprochen. Siehe z. B. Zeiller, Commentar, ad §. 511, Z. 2; Stubenrauch, Commentar, ad §. 511, Z. 1; ebenso das preuß. L. R.; siehe Dernburg, Lehrbuch des preuß. Privatrechts, I. Bd. (1875), §. 281, auch §. 229 Anm. 6. Das Gleiche gilt nach französ. Recht; siehe Code civ. art. 578 und Leblond, Code de chasse, I. (1878) S. 6. Von Manchen wird vielleicht auch §. 477, Z. 5 und §. 503 a. b. G. B. herangezogen werden. Dieselben erklären das Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden als Praedial-Servitut. Die Servituten aber seien losgelöste Eigentumsbestandtheile; daher müsse das Jagdrecht auf eigenem Grunde zum Inhalte des Eigentums gehören. Siehe jedoch gegen eine deratige Auffassung des Verhältnisses der jura in re aliena zum Eigentum z. B. Windscheid, Pandekten, 4. Aufl., §. 200 Anm. 3 und f. das österr. R. Randa, Das Eigentumsr., nach österr. Rechte, I. (1884) S. 10.

deutschen Grundjagdrecht ein mit dem Grundeigentum untrennbar verbundenes Realrecht erblickt, als die allein richtige erscheinen.

Schon die Geschichte des Jagdrechtes bietet hiefür nicht zu unterschätzende Anhaltspunkte. Nach seiner Loslösung vom echten Eigen finden wir das Jagdrecht unter dem Einflusse der mannigfaltigsten Verhältnisse, theilweise selbst juristischer Doktrinen, zwar in verschiedenen Formen sich fortentwickelnd, aber stets zu einem selbständigen festen Rechtskörper gestaltet; zu einem Rechte, welches selbst dort, wo seine Verknüpfung mit dem Grundeigentume erhalten blieb oder wiederkehrte, als ein eigenartiges Recht angesehen wurde. Sehr charakteristisch ist in dieser Beziehung der constante Sprachgebrauch unzähliger Urkunden, welche das Jagdrecht unter dem „Zubehör" des Grund- oder Waldeigentums entweder ausdrücklich anführen oder doch stillschweigend unter diesem allgemeinen Ausdruck begriffen und daher häufig gar nicht nennen [14]). Allerdings läßt sich nicht läugnen, daß man mit dem Ausdrucke „Zubehör" („Pertinenz") nicht immer denselben Sinn verband und daß selbst in einer und derselben Zeitperiode jenem Begriffe eine feststehende Bedeutung häufig nicht eigen war. Allein so viel dürfte keinem Zweifel unterliegen, daß die in den Urkunden stets wiederkehrende Formel, wenigstens wenn man von der ältesten Zeit absieht (Seibertz S. 21), in dem Gedanken wurzelte, das Jagdrecht sei kein integrirender Bestandtheil des Eigentums, sondern lediglich ein zu demselben gehörendes Recht. Insbesondere mag darauf hingewiesen werden, daß, als man in Folge einer heutzutage fast ganz aufgegebenen Doktrin anfing, Rechte zu den Sach-Pertinenzen zu zählen [15]), das Jagdrecht häufig unter

---

[14]) In dieser Beziehung genügt ein Hinweis auf das in Riccius, l. c. S. 44—56, 64—69, 73—81, 90, 91 und 160, Stieglitz, l. c. insbes. §. 26 und Seibertz l. c. §. 115—139 enthaltene reiche Urkundenmaterial.

[15]) Ueber diese Doctrin und deren Unhaltbarkeit siehe z. B. Unger, System des österr. Privatrechtes, I. S. 455 und 577, Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts, I. 2. Aufl. S. 545—546.

diesen Rechten angeführt wurde, u. zw. ohne zwischen Jagdrecht auf eigenem oder fremdem Grund und Boden zu unterscheiden und ohne auf den Erwerbsgrund irgend ein Gewicht zu legen [16]). Damit war aber die Anschauung zum Ausdrucke gebracht, daß das Grund-Jagdrecht Realrecht sei. Diese Ansicht finden wir denn auch schon bei älteren Schriftstellern mit mehr oder weniger Bestimmtheit ausgesprochen [17]).

Die eben erwähnte Doktrin und die sich anschließende Terminologie hat auch in die Gesetzgebung Eingang gefunden, eine Thatsache, in welcher im Hinblick auf das Bemerkte gewiß ein

---

[16]) Die gangbaren Redewendungen waren insbesondere: »perfecti dominiì fundi aut soli accessorium« (Vossius-Westenberg, Legum et consuetud. Austriacar. cum jure rom. collatio, Viennae, 1772, S. 341, §. 771); »accessio dominii« Leyser, Meditat. ad Pandectas, Lips., 1744, vol. VII, S. 30, VI), »jus accessorium et legitimum annexum cujusvis fundi ac sylvae«, die Jagden „hangen der universitati des Gutes an und sind ein Pertinenzstück desselben" (Riccius, l. c. S. 33, 264 u. s. w.); „Zubehörung", „Pertinenz" u. dgl., Ausdrücke, welche selbst bei neueren Schriftstellern sich finden. Siehe z. B. Stieglitz, l. c. Seibertz, l. c. Gesterding, Lehre vom Eigentum, 1817, S. 81; Reyscher, Das gemeine und württemb. Privatrecht, I. 2. Aufl. (1846), §. 245, S. 467 und 468 oben Z. 1; R. Wagner, Die preuß. Jagdgesetzgebung, Berlin, 1883, S. 10, 15, Z. 4, S. 26 ad §. 1. Auch französischen Schriftstellern sind solche Wendungen geläufig; siehe z. B. Leblond, l. c. I. S. 55 und 231 („attribut et accessoire de la propriété«).

[17]) Bezeichnend ist, daß man sich häufig derselben Wendungen bediente, mit welchen man die Realeigenschaft der Grunddienstbarkeiten zu kennzeichnen pflegte, z. B. »ius privatum praedii«, »pars fundi«, so Leyser l. c. vol. 7, S. 26, III, S. 27, IV, S. 28, V, S. 29 oben, Ertel, Praxis aurea, 1737, S. 814, 815 u. A. Deutlich spricht sich aus: Danz, Handbuch des heutigen deutsch. Privatr nach Runde, 2. Ausg., Stuttg. 1880, S. 38: „alle freien Gutsbesitzer haben die Jagdgerechtigkeit als ein einem jeden freien Gute anklebendes Gutsrecht beibehalten; Reyscher, l. c. I. §. 245, S. 467 und Anm. 3, welcher das Grundjagdrecht ausdrücklich als Realrecht bezeichnet, eine Aeußerung, die um so bedeutsamer erscheint, da er das Jagdrecht „eine Zubehörde des berechtigten Gutes nennt"; (siehe Anm. 16).

wichtiger Beleg für die aufgestellte Behauptung gefunden werden muß. So haben die Redaktoren des a. b. G. B. unter den Rechten, welche „mit dem Besitze einer unbeweglichen Sache verbunden und daher den unbeweglichen Sachen beizuzählen sind" (§ 298) zweifelsohne auch das Grundjagdrecht verstanden und dasselbe somit als Realrecht aufgefaßt. Unsere Commentatoren führen denn auch übereinstimmend als Beispiel zu § 298 das Jagdrecht auf eigenem Grund und Boden an [18]). Manche moderne Jagdgesetze bedienen sich geradezu des Ausdruckes „Zubehör" von Grund und Boden, so namentlich das ungarische Jagdges. v. 19. Febr. 1872 [19]).

Einen ganz besonders wichtigen Beleg glaube ich aber in dem Umstande finden zu dürfen, daß das Jagd- und Fischereirecht in Gesetzgebung und Wissenschaft sehr häufig als ein sog. unkörperliches Recht (resp. eine unkörperliche Sache) eigener Art erklärt wird. So führt bereits der „Tractatus de juribus incorporalibus" von 1679 das Jagd- und Fischereirecht als ein ius incorporale neben Anderen z. B. Berg-, Zehentrecht u. dgl.

---

[18]) Siehe z. B. Zeiller, l. c. ad § 298, Z. 4; Winiwarter, Commentar, Bd. II, S. 14, Z. 1; Stubenrauch, l. c. ad § 298 und 299, Z. 2, u. zw. mit Berufung auf § 1 des Pat. v. 7. März 1849. (Ueber das Ungenügende und Verfehlte des § 298 siehe Unger, I. S. 400). Vgl. auch Schopf, 4. Aufl., S. 10, § 13, welcher das Grundjagdrecht mit Berufung auf §. 294 als „Zubehör des Grund und Bodens" erklärt. Dem § 298 a. b. G. B. entspricht ohne Zweifel Codex Theresianus II. 1, Nr. 213 (Harrasowsky, II. Bd., S. 35); siehe auch ebendas. II. 1, Nr. 217. Auch das preuß. L. R. hat zwar die als unrichtig bezeichnete Doctrin aufgenommen (I. 2, §. 7—10, Dernburg, l. c. I. S. 110 und S. 112—113); allein immerhin erscheint es als bedeutsam, daß das Jagdrecht unter den zahlreichen im Gesetzbuch ausdrücklich genannten Pertinenzen eines Landgutes (u. dgl.) (I. 2, § 48 ff.) nicht angeführt wird; eine Thatsache, die übrigens vielleicht in dem Umstande ihre Erklärung findet, daß das preuß. L. R. das Jagdrecht noch unter dem Gesichtspunkt der Regalität behandelt.

[19]) § 1: „Das Jagdrecht ist ein unzertrennliches Zubehör des Grundeigentumsrechtes". Siehe auch die in Neubauer, l. c. S. 89 citirte die Hessische Gesetzgebung betreffende amtliche Mittheilung.

an, u. zw. ohne zwischen den einzelnen Gestaltungen des Jagdrechtes einen Unterschied zu machen. Hiemit wird dasselbe dem Eigentumsrecht als selbständiges Recht gegenübergestellt. Denselben Gedanken bringt § 292 a. b. G. B. (übereinstimmend Westgal. G. B.. II. § 12) zum Ausdruck, wo das „Recht zu jagen und zu fischen" als „unkörperliche Sache" bezeichnet und „allen anderen Rechten" coordinirt wird [20]). Dadurch erscheint das Jagdrecht vom Eigentumsrecht gewiß genügend scharf abgegrenzt. Das aus § 292 entnommene Argument gewinnt an Bedeutung, wenn man einen Blick wirft auf die der Entstehungszeit des Gesetzbuches vorhergehende oder angehörende Literatur. Nicht wenig muß die Thatsache auffallen, daß fast alle jene Schriftsteller, welche die Eintheilung der Sachen oder der Rechte in körperliche und unkörperliche adoptirten, unter den Letzteren meist an erster Stelle das Jagdrecht anführen [21]). Hierin dürfte denn auch der Grund liegen, weßhalb

---

[20]) Ueber diesen Paragraph und die sich daran knüpfende Doctrin siehe Unger, I. S. 355—61; auch Randa, Eigentumsrecht I. S. 8. Auch im Cod. Theres. findet sich jene Unterscheidung; siehe II. 1, Nr. 11 und II. 1, § VIII. Dieselbe ist hier aufzufassen als Eintheilung des Vermögens in Sachen und Rechte, zu welch' Letzteren denn auch das Eigentumsrecht gezählt wird; siehe II. 1 Nr. 206 und die Anm. zu II. 1, § VIII.

[21]) So führt Finsterwalder, Practicar. observat. ad consuetudines Archiducatus Austriae sup. accomodatar. lib. III. De iuribus incorporalibus, Salisb., 1730, das Jagdrecht als ius incorp. an und scheidet dasselbe hiemit strenge vom Eigentum (ius corp.). Vossius-Westenberg, l. c. (1772) erklärt S. 341 § 771: „Venatio . . . nobis inter res incorporales habetur"; in gleicher Weise zählt Jordan, Systemat. Darstellung d. bürgerl. R. im Kgr. Böhmen, Prag, 1795, I. § 10 das Jagdrecht ausdrücklich zu den „res incorporales". Bemerkenswerth ist, daß selbst das englische Recht das Jagd- (und Fischerei-)Recht ohne weitere Unterscheidung zu den unkörperlichen Rechten „incorporal hereditaments" zählt und neben Servituten, Reallasten, Hoheitsrechten u. dgl. anführt Siehe Stephen, l. c. vol. II, S. 1, 2, 14 ff., auch Gundermann, Engl. Privatrecht, Tübingen, 1864, Bd. I, § 7, S. 180 ff.

§ 292 als Beispiele gerade das Jagd- und Fischereirecht hervorhebt. Zu dem eben dargelegten Sachverhalte kömmt die Erwägung, daß die ältere Doktrin in verwirrender Weise von einem Eigentum an iura incorporalia zu reden pflegte; ein Umstand, der doch wenigstens zu der Folgerung berechtigt, daß man selbst das Grundjagdrecht nicht als integrirenden Bestandtheil des Eigentums im technischen Sinne (Sacheigentums) auffaßte.

Ein weiteres Argument für die vertretene Ansicht dürfte, wie übrigens im weiteren Verlaufe dieser Abhandlung ersichtlich wird, in dem eigentümlichen Inhalte des Jagdrechtes selbst liegen. Dasselbe erscheint als ein Komplex ganz eigenartiger Berechtigungen. Die ausschließliche jagdmäßige Occupationsbefugnis und das ausschließliche Hegerecht, welche den Inhalt des Jagdrechtes ausmachen, verleihen demselben den Charakter eines selbständigen Rechtes. Daher wird denn auch der Jagdberechtigte als solcher, nicht als Grundeigentümer geschützt, und dieser Schutz ist, wie die folgende Darstellung zeigen wird, ein viel intensiverer, als jener, welchen das bloße Grundeigentum zu gewähren vermag [22]).

Ganz im Einklange mit dieser Auffassung steht die Thatsache,

---

[22]) Aus diesem Grunde wird das heutige Grundjagdrecht als ein besonderes Recht betrachtet von Th. R. Schütze, Vom Eigenthumserwerb am Wildergut, in Bekkers und Muthers Jahrbuch d. gem. deutschen R., Bd. 6 (1863), S. 91, 92, 95, 96, der denn auch (S. 88) in dem Principe der Grundrechte des J. 1848 (siehe oben S. 7) lediglich eine „Wiederannäherung" an das System des ehemaligen Grundjagdrechtes findet. (Aehnlich drückt sich Bluntschli, Deutsches Privatrecht, 2. Aufl. (1860), S. 241, Z. 3 aus; siehe auch S. 243, Z. 5). Ebenso Brünneck, Das heutige deutsche Jagdrecht, im Archiv f. d. civ. Praxis, Bd. 48 (1865), S. 104, und, wenngleich weniger deutlich, in desselben Verfassers Aufsatz „Das Wesen des Rechts an der Jagd und Fischerei nach deutsch. und preuß. Rechte" in Gruchot's Beiträgen N. F. I. (1872), insbes. S. 198, 199. Besonders bestimmt spricht sich aus E. J. Bekker in der Nachschrift zu Schütze's cit. Abhandlung, S. 115, indem er erklärt, das Jagdrecht sei „überall mehr als einfach ein Ausfluß des gewöhnlichen Grundeigenthums".

daß wir in der älteren wie neueren Literatur, ja selbst in Gesetzgebung und Praxis, nicht selten die Frage beantwortet finden, zu welcher Kategorie von Rechten das Jagd- und Fischereirecht zu zählen sei. Bei dieser Gelegenheit wird die selbständige Natur jener Rechte häufig mit mehr oder minder Entschiedenheit betont [23]). Vom Standpunkte des österreichischen Rechtes liegt eine indirekte Anerkennung dieser Selbständigkeit wohl auch in dem Umstande, daß das a. b. G. B. die Regelung des Jagd- und Fischereirechtes in der Hauptsache der politischen Gesetzgebung zuweist, (§ 383, ebenso W. G. G. B. II. § 114.) Diese Thatsache stellt sich als ein Argument für die vertretene Thatsache dar, wenn wir dieselbe in Verbindung mit der Entstehungsgeschichte von Absatz 7 und 8 des Kundmachungspatentes in's Auge fassen. Es lag nämlich in der Absicht der Redaktoren, das sogenannte specielle Privatrecht aus dem Gesetzbuche auszuscheiden und dasselbe der „politischen Verwaltung und Gesetzgebung" zu überlassen. Das Jagd- und Fischereirecht wurde ausdrücklich darunter

---

[23]) So gelangt z. B. Riccius, l. c. bezüglich des Grundjagdrechtes zu dem Resultate, daß dasselbe bald ein „dingliches", bald ein „gemischtes" (theils dingliches, theils persönliches) Recht sei (S. 136 und 260), welches im Falle der Veräußerung des Gutes „eo ipso als mitveräußert" gelte (S. 263); siehe auch Ertel l. c. S. 812. In neuerer und neuester Zeit ist die Natur des Jagd- und Fischereirechtes häufig Gegenstand einer übrigens meist wenig eingehenden Untersuchung gewesen. Eine besondere Aufmerksamkeit widmet dieser Frage Kaerger, Zwangsrechte, Berlin, 1882; siehe auch Gatteschi, Questioni sul diritto di pesca« in Serafini's Archivio giuridico«, vol. XII (1874), S. 563 ff. und ebendas. vol. XXIX (1883), S. 306 ff. (vorwiegend vom Standpunkte des röm. Rechtes); Landucci, Il diritto di proprietà e il diritto di caccia; (über den letzteren Aufsatz siehe Tewes in Grünhut's Zeitschrift f. d. Privat- und öffentl. Recht, Bd. XI, 1884. Die amtliche Mittheilung betreffend das Jagd- und Fischereirecht in Schaumburg-Lippe (Neubauer, l. c. S. 98 und 110) erklärt, daß diese Rechte zu den „Zwangs- und Bannrechten" zu zählen seien und erkennt hiemit in freilich unpassender Weise die selbständige Natur derselben an.

begriffen [24]). Bedenkt man nun, daß diese speciellen Zweige des Privatrechtes den Redaktoren „als Theile des öffentlichen Rechtes" erschienen [25]), so dürfte die erwähnte Ausscheidung jener Rechte und deren Zuweisung an die politische Gesetzgebung allerdings als Beleg für die Behauptung sich darstellen, daß die Redaktoren selbst im Grundjagdrechte nicht blos einen integrirenden Eigentumsbestandtheil erblickten [26]).

Auch die Terminologie unserer Jagdgesetze dürfte für die vertretene Ansicht nicht ganz gleichgiltig sein. Der Ausdruck „Jagdgerechtigkeit" wird nämlich häufig ganz allgemein statt „Jagdrecht" gebraucht. So z. B. im Jagdpat. v. 28. Febr. 1786 (Abs. 3 und § 16 [27]), im Jagdpat. v. 7. März 1849, R. G. Bl. Nr. 154 (in der Ueberschrift Abs. 1 und § 4), in dem dieses Patent erläuternden Erlaß des Min. d. J. v. 21. Juli 1849 R. G. Bl. Nr. 342. In diesem Ausdrucke, der in altherkömmlicher Weise für jedes Jagdrecht gebraucht wird, tritt der selbständige Charakter desselben deutlich zu Tage. Ueberhaupt kann schon die bloße Thatsache nicht als indifferent erscheinen, daß sich in der heutigen österreichischen wie deutschen Jagdgesetzgebung, die oben citirten allgemeinen Aussprüche abgerechnet, nicht eine

---

[24]) Siehe Pfaff u. Hoffmann, Commentar, I. 1, S. 94—97, wo sich das Nähere angegeben findet.

[25]) Zeiller, Commentar, I. S. 16—18 und Pfaff u. Hoffmann, Commentar I. 1, S. 96.

[26]) Das westgal. G. B. läßt in II. § 109—111 einigen Zweifel aufkommen, ob es das Grundjagdrecht als Realrecht betrachte: allein diese Paragraphe unterscheiden im Grunde doch nur zwischen Jagdrecht auf eigenem (§ 109, 110) und auf fremdem (§ 111) Grund und Boden und sie besagen nur, daß das Jagdrecht regelmäßig ein an das Eigentum geknüpftes Recht sei.

[27]) Dieses Patent erklärt außerdem, es solle künftig zwischen dem kaiserlichen Jagdrechte und der Jagdgerechtigkeit der Privateigentümer „in keinem Stücke mehr einige Unterscheidung stattfinden", eine Aeußerung, die nicht bloß auf den Umfang, sondern auch auf den Character des Rechtes bezogen werden muß. Daß aber das kaiserl. Jagdrecht in keiner seiner Gestaltungen als bloßer Eigentumsbestandtheil aufgefaßt wurde, bedarf kaum eines Beweises.

einzige Wendung oder Norm findet, welche zu der Folgerung nöthigt oder auch nur den Schluß gestattet, daß die Gesetzgebung das Grundjagdrecht lediglich als ein Stück Eigentum betrachtet.

Einen weiteren Beleg für die vertheidigte Auffassung glaube ich in der Entschl. d. Min. d. J. v. 10. Juli 1854 Z. 13247 zu finden, welche erklärt: „Der Vogelfang" (Fang nicht jagdbarer Vögel) „ist mit dem Jagdrechte nicht verbunden; jedermann kann auf eigenem oder mit Bewilligung des Eigentümers auf fremdem Grunde einen Vogelheerd errichten." Diese Entscheidung bringt den Gedanken zum Ausdruck, daß Niemand berechtigt sei, auf fremdem Grunde gegen Verbot des Eigentümers Vögel zu fangen. Wer dieses Verbot mißachtet, verletzt das Eigentumsrecht des Grundeigentümers, nicht ein fremdes Jagdrecht [28]). Das Jagdrecht des Grundeigentümers und dessen rechtliche Macht, den Vogelfang auf seinem Grunde zu untersagen, sind von einander verschieden. Dieses ius prohibendi gehört zum Eigentumsinhalte, jenes Recht dagegen liegt außerhalb des Eigentumes [29]).

Mit dieser Auffassung lassen sich die oben (S. 7 u. 8) angeführten allgemeinen gesetzlichen Aussprüche ganz wohl ver-

---

[28]) Der Sachverhalt ist also hier derselbe, wie er für das röm. Jagdrecht (venatio, piscatio, aucupium) nach der heutzutage noch herrschenden Doctrin dargestellt zu werden pflegt und wie ihn Wendt, l. c. S. 414 für das röm. Recht bezüglich der Aneignung des Honigs wilder Bienen auf fremdem Grunde gegen Verbot des Grundeigentümers darlegt.

[29]) In der vertretenen Ansicht liegt gewiß nichts dem Wesen des Eigentums Widersprechendes. Bedenkt man, daß das moderne Recht, einem offenbaren Bedürfnisse nachgebend, selbst dingliche Rechte, insbesondere Servituten, an eigener Sache anerkennt, deren Ausübung äußerlich als Eigentumsausübung sich darstellt: so wird man doch nichts Auffallendes in der Behauptung finden können, daß ein vornehmlich auf Eigentumserwerb gerichtetes Recht, welches dem Eigentümer innerhalb der örtlichen Grenzen seines Eigentums zusteht, lediglich ein mit demselben verknüpftes Recht, nicht aber Eigentumsbestandtheil sei. Die abgelehnte Ansicht hängt übrigens zum großen Theil zusammen mit jener Doctrin, welche das Wild als pars fundi betrachtete oder auch ganz

einigen. Die Berechtigung zur Jagd „liege im Grundeigentume", „das Jagdrecht sei Ausfluß des Grundeigentumes" u. dgl.: diese Sätze sollen nur besagen, daß der Grundeigentümer vermöge seiner rechtlichen Abgeschlossenheit nach außen schon der Natur der Sache gemäß am meisten dazu berufen erscheine, zugleich Jagdberechtigter auf seinem Grunde zu sein, und deßhalb werde das Jagdrecht principiell in die Hand des Grundeigentümers gelegt. Daß § 1 des böhmischen Jagdgesetzes in diesem Sinne gemeint sei, beweist folgende von Brinz im böhmischen Landtage von 1866 (24. Sitzung, S. 29) abgegebene und von Niemandem widersprochene Erklärung: „das Jagdrecht kann .... Ausfluß des Grundeigentums sein, nämlich insoferne, als das Eigentum eine Prohibition gegen jeden Dritten mit sich führt und also den Grundeigentümer zunächst und an und für sich zur Jagd und zum Jagdrechte qualificirt; und nur in dieser Beziehung habe ich für den Paragraph gestimmt" ... [30]). Auch dachte man sich, wie aus den Verhandlungen des böhmischen Landtages [31]) hervorgeht, den in § 1 ausgesprochenen Grundsatz als mit den Principien des a. b. G. B. in vollem Einklange stehend, welches ja, wie nachzuweisen versucht wurde, das Jagdrecht, einerlei ob Grundjagdrecht oder nicht, als ein besonderes Recht auffaßt. Die dargestellten Vorgänge im böhmischen Landtage gestatten aber zweifelsohne den weiteren Schluß, daß man in § 1 des Pat. v. 1849 denselben Grundsatz ausgesprochen fand, welchen man in § 1 des böhmischen Jagdgesetzes nur in anderer

---

abgesehen von dieser Anschauung den Grundeigentümer als Eigentümer des auf seinem Grunde befindlichen Wildes ansah. Siehe über diese Lehre weiter unten.

[30]) Gewiß nur diesen Gedanken wollte der Vortrag des Ministerrathes zum Pat. v. 7. März 1849 (cit. bei Schopf, 4. Aufl. S. 88) in der Bemerkung zum Ausdrucke bringen, das Jagdrecht auf eigenem Grund und Boden folge notwendig „aus dem Begriffe" des Eigentums.

[31]) 1866, 24. Sitzung, S. 17 und 18 wird dies vom Berichterstatter R. v. Stráruwitz selbst erklärt, und Abgeordneter Hanisch bemerkte (S. 24), er stimme nur unter der Voraussetzung für § 1, daß man denselben als mit den Grundsätzen des a. b. G. B. übereinstimmend betrachtet habe.

Fassung zum Ausdrucke bringen wollte. Denn eine Abweichung von dem leitenden Principe jenes Patentes konnte unmöglich beabsichtigt sein, so daß man also in § 1 des Pat. v. 1849, was das Wesen des Grundjagdrechtes betrifft, gleichfalls keine Abweichung von der Auffassung des a. b. G. B. erblickte.

Mit der eben entwickelten Anschauung stehen einige Entscheidungen oberster Gerichtshöfe in Widerspruch, so insbesondere die Entscheidung des österreichischen Verwaltungsgerichtshofes vom 20. Oktober 1882 [32]). Dieselbe erklärt: „Nach dem kais. Pat. v. 7. Juli 1849 ist das Jagdrecht nicht irgend ein spezielles, selbständiges, unter die allgemeinen Kategorien der Rechte nicht subsumirbares Recht, sondern es erscheint einfach als ein Ausfluß des Eigentums an Grund und Boden [33]); es ist in dem Gesetze lediglich der Grundsatz anerkannt, daß der Eigentümer, wie er überhaupt seine Sache nach Willkür zu benützen berechtigt ist (§ 362 a. b. G. B.), so auch auf seinem Grund und Boden das Jagdrecht auszuüben das Befugnis hat, insoferne nicht bestimmte gesetzliche Beschränkungen dieses Rechtes bestehen." .... „Daß dies der Sinn des Gesetzes ist, folgt klar aus § 1 des Patentes, wonach das Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden

[32]) Siehe Budwinski, Erkenntnisse, Jahrg. VI, Nr. 1532; siehe auch die Entsch. v. 24. Dec. 1882, ebendas. Nr. 1603 (S. 601, Abs. 2) und wohl auch d. Entsch. v. 30. Apr. 1884 ebendas. Nr. 2109.

[33]) In ähnlicher Weise erklärt die Entsch. des preuß. Oberverwaltungs-Gerichtshofes v. 27. Juni 1878, Bd. IV, S. 218 ff.: „Das Jagdrecht ist ein Theil der im Eigentum liegenden Befugnisse und gehört zum Privatvermögen des Grundstückseigentümers". Die Richtigkeit des letzten Satzes unterliegt wohl keinem Zweifel, steht aber mit der Frage nach der Richtigkeit der ersteren Behauptung in keinem Zusammenhange. In gleichem Sinne spricht sich die in Seuffert's Archiv, Bd. 19, Nr. 11 cit. Entscheidung u. z. dahin aus: das Jagdrecht sei „im Begriffe seiner materiellen Substanz überall wiederum als integrirender Bestandtheil dem Grundeigentum zugewachsen . . ., so daß hiebei eine iuris quasi possessio . . . . nicht mehr vorkommen kann". Der Jagdberechtigte habe bei Störung des Sachbesitzes die gewöhnlichen Interdicte, welche daher auch zum Schutze des Jagdrechtes dienen können.

aufgehoben ist, sowie aus § 8 desselben, wonach der Reinertrag der der Gemeinde zugewiesenen Jagd nicht als Gemeindeeinnahme zu behandeln, sondern an sämmtliche Grundbesitzer nach Maßgabe der Ausdehnung ihres Grundbesitzes zu verteilen ist. Sonach ist das Jagdrecht des Eigentümers von 200 Joch zusammenhängenden Grundbesitzes nichts Singuläres, sondern die Regel, welche von selbst eintritt, soweit die oben erwähnte Beschränkung der Ausübung des Eigentums nicht reicht." Gegen die in dieser Entscheidung enthaltenen Motivirung läßt sich einwenden: der im § 1 des Pat. v. 1849 ausgesprochene Grundsatz, das Jagdrecht auf fremdem Grund und Boden sei aufgehoben, nöthigt noch durchaus nicht zu dem Schlusse, daß das Gesetz das Jagdrecht als Bestandtheil des Grundeigentums betrachte. Aus der in § 1 enthaltenen Negative läßt sich nur der positive Rechtssatz folgern, daß das Jagdrecht dem Eigentümer zustehe. Damit ist aber gewiß die Frage noch nicht entschieden, ob das Jagdrecht als ein an das Grundeigentum unlöslich gebundenes Realrecht oder als ein integrirender Bestandtheil des Eigentumsinhaltes anzusehen sei. Trotz des § 1 bleibt diese Alternative offen. Dasselbe gilt von § 8 und § 5 des Patentes, die uns gleichfalls nur sagen: das Jagdrecht gebührt dem Grundeigentümer, daher auch der Jagdertrag. Aber wie geartet die Verknüpfung von Eigentum und Jagdrecht ist, bleibt unentschieden. Die Beantwortung dieser Frage mußte daher auf Grund anderer gesetzlichen Bestimmungen und Erwägungen erfolgen.

Die bisherige Untersuchung hat zu dem Resultate geführt, daß das moderne österreichische und deutsche Grundjagdrecht als ein an das Eigentum gebundenes Realrecht aufzufassen sei. Dieses Ergebnis schließt den Satz in sich, daß das Jagdrecht eben weil es Realrecht ist, die rechtlichen Schicksale des Grundstückes, als dessen juristische Eigenschaft (conditio fundi) es erscheint, notwendig teilt [34]). Ueber diese für alle Realrechte

---

[34]) Dieser Gedanke wird zuweilen in sehr unpassender Weise zum Ausdrucke gebracht; so z. B. von Schopf, l. c. 4. Aufl., S. 9, welcher erklärt, das Jagdrecht „wird erworben und kann erlöschen, wie überhaupt

geltende Regel hinaus, gibt uns die Kategorie „Realrecht" keinen Aufschluß über die juristische Natur des Jagdrechtes und seine Stellung im Rechtssystem [35]. Dieser Frage seien die folgenden Erörterungen gewidmet.

---

jedes unbewegliche Gut". Auch die Bezeichnung „Zubehör" (Pertinenz) des Eigentums am Grund und Boden u. dgl. (siehe S. 11—13), welche häufig die Realeigenschaft des Jagdrechtes betonen soll, ist schon aus dem Grunde verfehlt, weil ja Realrechte notwendig die rechtlichen Schicksale der Sache, mit welcher sie verknüpft sind, theilen, während bei Pertinenzen die Rechtsverhältnisse der Hauptsache nicht notwendig auch auf die Pertinenz sich erstrecken.

[35]) Siehe darüber insbesondere Unger, I. S. 574 ff. Aus dem gewonnenen Resultate folgt die Behandlung des Jagdrechtes im Grundbuche. Daß das Jagdrecht in demselben ersichtlich zu machen sei, unterliegt mit Rücksicht auf unsere Grundbuchsgesetzgebung keinem Zweifel und wird auch in der Praxis anerkannt. Die erörterte Controverse hängt dagegen unmittelbar mit der Frage zusammen, ob das Jagdrecht am Gutsbestandblatte oder am Eigentumsblatte einzutragen sei. Realrechte sind auf Ersterem „ersichtlich zu machen"; siehe z. B. § 7 der Gesetze v. 2. Juni 1874 über die Anlegung neuer Grundbücher f. Oesterreich ob u. u. d. E., Salzburg, Kärnten, Mähren, Schlesien und § 7 des Anleg.-Ges. vom 11. März 1875 für Istrien. Rechte dagegen, welche zum Eigentumsinhalte selbst gehören, sind am Eigentumsblatte anzugeben; siehe § 9 der erwähnten Gesetze. Im Hinblick auf die vertretene Ansicht vermag ich daher die bei uns häufig vorkommende Praxis nicht zu billigen, gemäß welcher das Jagdrecht am Eigentumsblatte ersichtlich gemacht wird. Auf dem richtigen Standpunkt steht die Entscheidung des Landesgerichtes und Oberlandesgerichtes Brünn v. 1. April 1884, Z. 3620 Geller's Oesterr. Centralblatt, 1884, S. 368 und 369), welche von der Voraussetzung ausgeht, daß wenn in dem entschiedenen Falle das Fischereirecht überhaupt in's Grundbuch einzutragen gewesen wäre, die Ersichtlichmachung auf dem Gutsbestandblatte erfolgen mußte. Die Eintragung des Jagdrechtes (wie des Jagdausübungsrechtes) ist übrigens für die Begründung desselben bedeutungslos, also blos declarativer Natur. Dieser schon aus § 1, 5 und 6 des Pat. v. 7. März 1849, sowie aus § 1, 2, 4 u. A. des böhm. Jagdgesetzes vom 1. Juni 1866 folgende Grundsatz findet sich ausdrücklich anerkannt in der Entsch. d. Ackerbaumin. v. 12. Octob. 1872, Z. 9073 (Jäger's Oesterr. Zeitschrift f. Verwaltung, Jahrg. 1872, Nr. 50, S. 200).

II.

Juristische Natur des Jagdrechtes und seine Stellung im Rechtssystem.

Zur Lösung der eben bezeichneten Aufgabe sei es gestattet, die Definition des Jagdrechtes an die Spitze zu stellen, welche ich vom Standpunkte des österreichischen Rechtes, sowie der deutschen Particulargesetzgebung für die richtige halte. Die genaue Zergliederung dieser Begriffsbestimmung soll uns den Schlüssel an die Hand geben, um einen Einblick zu gewinnen in die juristische Natur des Jagdrechtes und seine Stellung im Rechtssysteme.

Das Jagdrecht bezeichne ich als das ausschließliche Recht auf Erwerb und Hegung des in einem bestimmten Territorium befindlichen herrenlosen Wildes.

1. Herrenlosigkeit des Wildes. Das Jagdrecht als ausschließliches Erwerbsrecht.

Die erste Frage, die sich uns im Anschluße an die gegebene Definition aufdrängt, lautet: ist das in einem bestimmten Jagdgebiete befindliche freie Wild herrenlose Sache? oder steht dasselbe vielleicht im Eigentum des Jagdberechtigten? Wie beschaffen ist also vor erfolgter Aneignung durch den Jagdberechtigten das zwischen ihm und dem Wilde vorhandene Rechtsverhältnis?

A. Das römische, ältere deutsche und österreichische Recht.

Volle Uebereinstimmung besteht hinsichtlich des römischen Rechtes. Gestützt auf ausdrückliche Aussprüche der Quellen

bezeichnet die communis opinio [36]) das freie in Niemandes Besitz und Eigentum befindliche Wild in diesem Sinne als herrenlose Sache, res nullius [37]).

Was dagegen das ältere deutsche und österreichische Recht betrifft, so besteht heutzutage trotz des großen unsere Frage betreffenden Quellenmaterials [38]) noch immer ein Gegensatz der Ansichten. Während nämlich die Einen Eigentum am Wilde schon vor der Occupation annehmen [39]), erklären die Anderen

---

[36]) Die entscheidenden Stellen sind hier: § 12—16 Inst. de rer. div. (2, 1); l. 1 § 1 Dig. de acq. vel amitt. poss. (41, 2); l. 1 § 1, l. 3 § 1, 2, l. 5 § 1—6, l. 14 pr., l. 44, 45 Dig. de acq. rer. dom. (41, 1).

[37]) Als communis opinio wird diese Ansicht schon betrachtet von K. Roth, Kritisch. Ueberblick über den Stand, die Doctrin und Gesetzgebung, den Besitz und das Eigentum des Wildes betreffend" in Pözl's Krit. V. J. Schr., Bd. 5 (1863), S. 544. Alle von ihm S. 545 als gemeine Meinung bezeichneten Sätze sind heutzutage freilich nicht mehr unbestritten. Die unter den Aelteren geführte durch die Glosse erzeugte Controverse bezog sich nicht auf die Frage, ob das Wild res nullius sei, sondern ob selbst der unbefugte Eindringling in fremden Grund durch Occupation Eigentümer werde; siehe Wächter, Jagdrecht, S. 355—365.

[38]) Siehe dasselbe insbesondere in Riccius, l. c. Stieglitz, l. c., Seibertz, l. c.; siehe auch Kraut, Grundriß zu Vorlesungen über das deutsche Privatr. 5. Aufl., 1872, S. 190—203 und S. 206 bis 207.

[39]) Siehe z. B. Hildebrand, Disput. de conservatione ferarum nociva, § 8; Hofacker, Principia juris, § 929; Schilter, Exercitationes ad Dig. tit. de acq. r. d., § 9 ff.; Ertel, Praxis aurea, S. 811, Anm. * („wenn man das principium annimmt"); Leyser, Medit. VII, S. 21, 25 und 37; Ickstatt, Gründliche Abhandlungen von den Jagdrechten, Nürnb. 1749, § 105, S. 65—66, § 106, S. 66, II. Cap. § 44 ff., III. Cap. § 29, S. 255; Bülow und Hagemann, Erörterungen, II. Nr. 6 S. 31; Maurenbrecher, Lehrbuch des gemeinen deutschen Privatr., 2. Aufl., 1840, S. 513 und 593; Gesterding, l. c. S. 84 und 85; Schmid, Handbuch des gegenwärtig geltenden gemeinen deutschen bürgerlichen Rechts, Bes. Thl., Bd. I, S. 57—59; K. Roth in Pözl's Krit. V. J. Schr., Bd. V, S. 554 ff.; Brinz, Pandekten, I., 2. Aufl., S. 569—570.

dasselbe bis zur Besitzergreifung als res nullius [40]). Dritte endlich machen einen Unterschied zwischen den verschiedenen Entwicklungsperioden des Jagdrechtes [41]).

Forschen wir nach den Gründen dieser Erscheinung, so bieten sich uns insbesondere folgende dar. Vor Allem gewähren die Quellen selbst keine festen Anhaltspunkte. Es läßt sich nicht läugnen, daß wir auf Quellenstellen stoßen, die in ihrer Ausdrucksweise soweit auseinander gehen, daß man sich versucht fühlt, in denselben auch verschiedene Rechtssätze zu finden. Neben der großen Mannigfaltigkeit in der Terminologie fällt uns zumeist eine Unbestimmtheit der Ausdrucksweise auf. Beides setzt uns außer Stand, ein festes Rechtsprincip mit Zuverlässigkeit zu erkennen und legt uns den Schluß nahe, es habe eine allgemeine zum vollen Bewußtsein gelangte Rechtsanschauung über das zwischen dem Wilde und dem Jagdberechtigten bestehende

---

[40]) So z. B. Finsterwalder, l. c. lib. III. S. 517, Z. 1, auch S. 581; Weingärtler, Con et discordantia juris consuetud. Austr. supra Anasum cum jure communi, Norimb. 1674, S. 55 und 58 (nicht so in Bezug auf Fische in Privatgewässern); Berger, Resolutiones legum obstantium, Vitemb. 1699, S. 701, Abs. 2; Harpprecht, Opera, tom. II. Tub., 1628, S. 78 u. 79 (anders bei Fischen, S. 87, Z. 69 ff. und S. 106, Z. 165); Jordan, l. c. § 29, 31, 33 u. S. 36; Danz, l. c. 2. Ausg., 1800, § 148, auch S. 55, 56, 67 u. 71; Eichhorn, Einleitung in das deutsche Privatr., 4. Ausg., 1836, § 286; Bluntschli, l. c. 2. Aufl., S. 203, Z. 5; Gerber, Deutsches Privatr., 12. Aufl., S. 251; Brunner in Holtzendorff's Rechtslexikon, Art. „Jagdrecht"; Kaerger, l. c. S. 25; Stobbe, l. c. II. Bd., 2. Aufl., § 151 a. A. u. S. 676; wohl auch Schütze, l. c. § 5. Siehe auch Riccius, l. c. S. 218—219; scheinbar anders S. 25 u. S. 1; dagegen S. 2; Dahn, Deutsches Privatrecht, I. Abth. (1878) S. 70 u. 72.

[41]) So z. B. Goltdammer, „Beitrag zur Lehre von der Occupation des Wildes und von dem Eigentum am Wildergute" in Goltdammer's Archiv für Strafrecht, Bd. 16, 1868, S. 28 (anonym erschienen), der nur für die spätere Zeit Herrenlosigkeit annimmt; Brünneck, im Archiv f. d. civilist. Pr. Bd. 48, S. 91—92, der für das Recht des späteren Mittelalters Eigentum schon vor der Occupation behauptet.

Rechtsverhältnis überhaupt nicht gegeben. Diese letztere Behauptung wird durch folgende Erwägungen unterstützt. Läßt sich auch nicht in Abrede stellen, daß — der gewiß richtigen Ansicht gemäß — selbst dem ältesten deutschen Rechte das Eigentumsrecht im technischen Sinne, wenigstens seinem Inhalte nach, bekannt gewesen sei (Gerber § 76, Stobbe § 78, Z. 2): so fehlt doch die „wissenschaftliche Erkenntnis des Eigentumsbegriffs" und demgemäß auch die Gestaltung des Eigentums zu einem „scharf begrenzten Institute." Schon daraus erklärt sich, daß wir mit Sicherheit aus den Quellen nicht zu entnehmen vermögen, ob man dem Jagdberechtigten Eigentum am freien Wilde zuschrieb. Daher die gänzlich verschiedene Interpretation mancher Quellenstellen, in welchen die Einen einen Beleg für das behauptete Eigentum finden, während die Anderen in denselben kein Argument gegen die vertheidigte Herrenlosigkeit erblicken [42]).

Das Schwanken der Quellen hat einen weiteren Grund in dem unverkennbaren Einfluße römisch-rechtlicher Begriffe. Diese traten, ähnlich wie bei anderen Rechtsinstituten, der rein germanischen Ausbildung des Jagd- und Fischereirechtes hemmend

---

[42]) So nimmt Sachsenspiegel II. 61 (in Reproduction von Genesis 1. Cap.) und übereinstimmend Schwabenspiegel Landrechtsbuch Cap. 197, § 1, 2 (Gengler), (Laßberg, Art. 236 a. A.) entschieden Herrenlosigkeit des freien Wildes an, während sich aus Schwabensp. L. R. B. Cap. 197, § 7, 8 und Cap. 198, § 3, 4 (Gengler) (Laßberg Art. 236 a. E. u. Art. 238) und der Glosse zum sächs. Weichbild ad Art. 122 allerdings Eigentum schon vor der Besitzergreifung folgern ließe. In letzterem Sinne interpretiren die citirten Stellen: Gesterding, l. c. S. 85 (Anm. 5), K. Roth, l. c. S. 548, wohl auch Pagenstecher, Die römische Lehre vom Eigentum, I. S. 65, Anm. 2. Anderer Meinung jedoch bereits Riccius, l. c. S. 219, sodann Brünneck, Diss. de dominio ferarum, (1862), S. 31; Gerber, l. c. (12. Aufl.) § 92, Anm. 5; wohl auch Stieglitz, l. c. S. 154 und 70. Gewiß ist die letztere Auslegung vorzuziehen, Das pronomen possess. „sîn" ist durchaus nicht notwendig auf Eigentum im techn. S. zu beziehen, sondern bringt lediglich den allgemeinen Gedanken der rechtlichen Zugehörigkeit zum Ausdrucke; und unter „Gewalt" ist das Herrschaftsgebiet, Jagdrevier,

entgegen [43]). Einerseits war man bestrebt, die Identität des lediglich auf die Occupation gegründeten Jagdrechtes der Römer [44]) mit dem deutschen Jagdrechte zu betonen, andererseits geleitete aber ein richtiges Gefühl zu dem Schluße, daß sich die römisch-rechtliche Auffassung mit der eigentümlichen thatsächlichen Gestaltung der deutschen Jagdverhältnisse nicht vereinigen lasse [45]). Als dann das Jagdrecht zum beliebten Gegenstande gelehrter Forschungen wurde, konnte die Theorie der Juristen nicht ohne Einwirkung bleiben auf die Fassung der Rechtsquellen. Jene Theorie aber war selbst schwankend und unklar, indem der Eigentumsbegriff einerseits, der Begriff der Herrenlosigkeit anderseits auf die verschiedenste Art formulirt und — man darf wohl sagen — entstellt wurde. Diese Gestaltung der Doktrin, in welche das Naturrecht noch mehr Verwirrung brachte, übte einen sichtlichen Rückschlag auf die Ausdrucksweise der Rechts-

---

Wildbann, Bannforst, zu verstehen, was aus dem sächsischen Weichbild Glosse ad Art. 122 hervorgeht, wo nur vom Grund und Boden, vom „Gehege" die Rede ist. Aus der älteren Zeit seien beispielsweise angeführt: Lex Bajuvarior. tit. 21, c. 11, welche gegen die Annahme der Herrenlosig-spricht, während die Lex Ripuarior. tit. 42, c. 1 u. tit. 76, sowie Lex. Rothar. c. 325 u. 326 im entgegengesetzten Sinne zu interpretiren ist. Siehe diese und andere Stellen, sowie über dieselben in Stieglitz, l. c. S. 20, Anm. 2, S. 29 Anm. 4 u. 8, S. 31 Anm. 22 u. 23 und Seibertz, l. c. S. 13—19. Siehe auch die bei Riccius, l. c. S. 36 u. 37 citirten Stellen aus den Capitularien Karls d. Gr., welche sich der Wendung »forestes nostrae« und »feramina nostra inter forestes« bedienen.

[43]) Siehe Savigny, Geschichte des römischen Rechtes im Mittelalter, Thl. 2, S. 205; auch Stieglitz, l. c. § 8 Anm. 20 u. 23. Interessant ist die Art und Weise, wie manche ältere Schriftsteller die für das deutsche Jagd- und Fischereirecht behaupteten Grundsätze direct aus dem römischen Rechte zu gewinnen suchen; so z. B. Harpprecht, Opera, II. (1628) S. 78 ff.

[44]) Diese Auffassung des römischen Rechts war bis auf Wächter, l. c. und ihm folgend Wendt, l. c. die herrschende. Siehe dieselbe z. B. bei Schütze, l, c. § 3 nnd 4 (auch S. 24, Anm. 36).

[45]) Gewiß richtig bemerkt die Entscheidung in Seuffert's Archiv Bd. 10, Nr. 74, die Jagdgerechtigkeit sei ein „rein deutsches Institut".

quellen aus[46]). Letztere bieten denn auch ein klares Abbild des Schwankens und der Unklarheit der Theorie. Auf diese Lehre, deren Ausläufer bis in die heutige Wissenschaft hineinragen und die für die moderne Gesetzgebung von unverkennbarem Einfluße gewesen, soll bei Erörterung der Letzteren näher eingegangen werden.

Trotzdem nun in Folge der bezeichneten Umstände mit voller Sicherheit sich nicht bestimmen läßt, in welchem Sinne die bis in's 18. Jahrhundert reichenden Rechtsquellen die aufgeworfene Frage beantworten, so sprechen dennoch überwiegende Gründe für die Annahme, daß das deutsche und österreichische Recht das in statu libertatis befindliche Wild stets als herrenlose Sache betrachtet habe. Für diese Ansicht fällt vor Allem eine negative Thatsache in's Gewicht. Erwägt man nämlich, daß die Quellen, wenn das Vorhandensein von Eigentum im technischen Sinne feststand, meist eine Terminologie aufweisen, welche den Eigentumsgedanken in voller Klarheit zur Geltung bringt[47]); beachtet man außerdem, daß die Geschichte des Rechtes die Tendenz zur Ausdehnung des Eigentumsbegriffes aufweist und im Einklange damit die Ausdrucksweise der Quellen die Annahme von Eigentum nicht selten deutlich erkennen lassen, wo doch von Eigentum im technischen Sinne keine Rede sein kann[48]); berücksichtigt man dem gegen-

---

[46]) Nicht geringer war der Einfluß auf die thatsächliche Gestaltung der Verhältnisse selbst, so daß man wohl behaupten darf, die Doctrin sei hier zum Elemente der Rechtsbildung geworden Diese Behauptung findet einen schlagenden Beleg in der Entstehung und Ausbildung des Jagdregals, eine Entwickelungsphase des Jagdrechtes, welche zum großen Theile in der Doctrin der Juristen wurzelt. Siehe z. B. die Nachweise bei Stieglitz, l. c. § 40, S. 265—276, Seibertz, l. c. S. 164 ff., insbes. S. 179—181.

[47]) Siehe Stobbe, l. c. II. Bd., 2 Aufl., S. 51, Z. 3.

[48]) In dieser Beziehung genügt der Hinweis auf das sogen. getheilte Eigentum; darüber Stobbe, l. c. II. Bd., 2. Aufl., § 80, Randa, Eigentumsr. I., S. 14—20. Man denke ferner an die Ausdehnung des Eigentumsbegriffes auf Rechte, die nicht einmal dingliche sind.

über, daß wir in keiner einzigen Quellenstelle den Gedanken eines Wildeigentums bestimmt formulirt finden, vielmehr beinahe überall an einer mehr vagen Ausdrucksweise festgehalten wird [49]: so dürfte wohl der Schluß nicht als allzu gewagt erscheinen,

---

[49]) Von einem »dominium«, einer »proprietas« ferarum, einem „Eigen", „Eigentum" u. dgl. ist hier nirgends die Rede. Die in den Quellen, insbesondere den Weisthümern stets wiederkehrenden Ausdrücke sind z. B.: Die Jagd „gehört", „gehört zu", ist „geständig", „der Wiltpan wird zugewiesen" oder „gewiesen an", „der Wiltfang ist sien"; „Recht an Wild, vischen, geiayd, federspyll"; „gehört in meines Herrn wiltpan"; Strafe, „als ob er es aus der kammer genommen hätte"; „unser gn. Herr hat die Fische im wag, den vogel in der luft und das wilt uf der erden". Bezeichnend ist auch, daß das »ius quod wildban (s. wiltpan) dicitur« in Urkunden, namentlich Schenkungsurkunden, entgegengestellt wird dem »in proprium« bei Grundstücken (Waldungen); siehe Kraut, l. c. z. B. S. 196, Nr. 76, dagegen Nr. 77. Wortwendungen der angeführten Art kommen nicht nur in den deutschen, sondern auch in den österreich. Weisthümern (Taidingen) vor. Siehe z. B. Taiding von Zell i. Pinzgau (Oesterr. Weisthümer, I. Salzb. Taid. herausg. von Siegel und K. Tomaschek, 1870, S. 276, 31), welches erklärt, daß „Allen und jeden reißgeiaid, alles federspil" dem Landesfürsten „zuegehört"; Taiding von Mittersill (l. c. S. 285, Z. 40 ff.): „Item es ist auch gerügt worden, das unserm gnädigen herren von Salzburg ... zugehört ... alle vischwaid, alles reisgejaid, alles vederspil, all schwarzwäld und aller wildpan, hindan gesetzt, was an der herren darin rechtlich habent und geweisen mögen durch genuegsame urchund oder nutz und gewer oder mit des landsfursten willen innhabent, das ist in unabgeslagen". Aehnlich Taiding von Windisch-Matrei (l. c. S. 316, Z. 24—26); Weisth. von Pillersee (Oesterr. Weisth., Bd. II. Tirol. Weisth. herausg. von J. v. Zingerle und K. Th. v. Inama-Sternegg, 1875, Thl. 1, S. 94, XIII): „Was föderspill in meines herren hofmarch steet, daz gehört alles meinem herren von Rot an, und darzue die vischwaid und den klainen jaid"; Weisth. von Aschau (l. c. II. 2, S. 100): „Das rotwild gehört einer herrschaft und das federspiel ainem abt"; Weisth. von Ratfeld (l. c. II. 1, S. 116): „Erstlichen öffent sie, das aller wildpann, vischwaid und federspill der Herrschaft zuegehört"; ebenso Weisth. von Breitenbach (l. c. II, 1, S. 123 unten). Nicht weniger unbestimmt das Sprichwort:

„Solang das Wild im Bann,
Gehörts dem Herrn noch an"

daß auch das deutsche Recht seit jeher das freie Wild als herrenlose, nämlich in Niemandes Eigentum und Besitz stehende Sache [50]) betrachtet habe. Aber nicht eine res nullius, die dem Zugriffe eines Jeden freisteht, sondern deren Erwerb das Recht dem Jagdberechtigten allein vorbehält. Das Moment des exclusiven Anrechtes tritt in den Vordergrund [51]), ein Moment, auf welches wir bei Erörterung des modernen Rechtes unser Augenmerk zu richten haben. Fragen wir aber nach der allgemeinen juristischen Grundlage jenes Anrechtes, so erscheint die Ansicht als nicht zu gewagt, daß man das Recht des Jagd-

---

(Graf und Dietherr, Deutsche Rechtssprichwörter, 1864). Nicht unerwähnt darf ferner bleiben, daß durchgehends nur die Worte „Jagdgerechtigkeit", „Gerechtigkeit", »ius venandi, piscandi« u. dgl. an Stellen vorkommen, wo man doch, wenn Eigentum angenommen worden wäre, wenigstens zuweilen das Eigentumsverhältnis characterisirende Ausdrücke erwarten müßte.

[50]) Daß das freie Wild in Niemandes Besitze sei, sprechen schon ältere Quellen ganz unzweideutig aus, so namentlich: Lex Ripuarior. tit. 42, cap. 1 und tit. 76 („quia non est haec res possessa"). Es ergibt sich dies übrigens aus einer großen Zahl von Stellen, welche von der Occupation des Wildes, insbes. von der Wildfolge (sequela venatoria) sprechen.

[51]) Mehr als Ausschließlichkeit des Aneignungsrechtes kann auch nicht aus jenen Quellenstellen gefolgert werden, welche das Jagdrecht in den Bannforsten des Mittelalters betreffen. Ausdrücke, wie „Eigentum", »dominium«, »proprietas« u. dgl. finden sich auch hier nicht. Gewiß zu weit gehen daher jene Schriftsteller (siehe z. B. Brünneck im Archiv Bd. 48, S. 91—92 und Dissert. de dom. ferar. S. 13—34), welche das in den Bannforsten befindliche Wild als im Eigentume des Berechtigten stehend ansehen. Man mag das Wort Bann, bannus, in was immer für einem Sinne nehmen (siehe Stieglitz, l. c. S. 47 ff., Dufresne (Ducange), Glossarium (1840) I. S. 567 ff., III. S. 227), keinesfalls ist mit diesem Worte der Begriff eines Eigentums am Wilde notwendig gegeben. Mehr als einen erhöhten, durch Strafe verstärkten Schutz, mehr als eine potenzirte rechtliche Abgeschlossenheit nach außen, läßt sich für das in den Bannforsten befindliche Wild nicht behaupten. Nur die mit Strafschutz ausgestattete Ausschließungsbefugnis des Berechtigten, nicht aber Eigentum am Wilde, tritt denn auch in den die Bannforste betreffenden Stellen, zuweilen in sehr characteristischen Wendungen,

berechtigten auf den Begriff der Gewere aufbaute [52]). Allerdings erklären die Quellen nicht ausdrücklich, der Jagdberechtigte habe das Wild in seiner Gewere [53]). Allein die Gewere an Immobilien umfaßte mit gewissen Beschränkungen auch die auf dem Grund und Boden befindlichen Mobilien (Stobbe II., 2. Aufl.,

---

in den Vordergrund; siehe die zahlreichen Belege in Stieglitz, l. c. § 12—15, und Seibertz, l. c. S. 32—79. Für die vertheidigte Auffassung spricht gewiß der Umstand, daß die Urkunden aus der Zeit der Bannforste denselben in der fraglichen Richtung keine andere als die eben bezeichnete Bedeutung beilegen. So enthält z. B. ein Erhöhungsdiplom des Kaisers Wenzeslaus (Meibom, Rerum german. tom. III. S. 212) die Stelle: »Cum bannis sive inhibitionibus venationum, quae vulgo Wildpene nominant, et poenis inde sequentibus«. Man sehe auch die Definition von Wildbann in Pfeffinger, Vitriarii Institutiones jur. publ. novis notis illustr., Tom. III., S. 1391 b. — Nicht wenig fällt weiter die Thatsache in's Gewicht, daß jene älteren Schriftsteller, welche das Wild als res nullius erklären, diese Ansicht aussprechen, ohne zwischen Bannforsten und sonstigen Jagdrevieren zu unterscheiden. Siehe z. B. Riccius, l. c., der S. 63 bemerkt: „Das ius banniendi venationes zeiget nichts weiter an, als daß die Landesherren das Befugniß haben, daß Niemand in ihren Bannforsten jagen solte".

[52]) Diese Ansicht theilt auch Schütze, l. c. S 85 u. 86; ebenso Goltdammer, l. c. S. 28, der das von ihm behauptete Eigentum an den Begriff der Gewere anknüpft, und insbesondere Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatr., Bd. I., 7. Aufl. (1847), S. 591; auch S. 416 und 456 ff.; ebenso Chabert, Bruchstück einer Staats- und Rechtsgeschichte der deutsch-österreichischen Länder, (Denkschriften der kaiserl. Akad. d. Wiss., Bd. IV, § 66 u 67, S. 17—18). In der späteren Zeit verschwand allerdings die ursprüngliche Grundlage, aus welcher sich das deutsche Jagdrecht herausentwickelt hatte: allein Spuren derselben finden wir, wie die spätere Darstellung zeigen wird, selbst im heutigen Rechte; und jedenfalls vermag uns nur ein stetes Zurückblicken auf die historische Entwickelung das volle Verständniß des modernen Rechtes zu erschließen.

[53]) Nur hie und da findet sich eine Andeutung, so z B. in der S. 29 Anm. 49 cit. Stelle des Taiding von Mittersill („nutz und gewer"), ebenso im sächsischen Weichbilde, Art. 122: „Wer wilde Thiere halten will, außer den Bannfürsten, der soll sie halten in seinen verschlossenen gewеren".

S. 13) und demgemäß das auf dem Grundstücke vorhandene Wild; eine Behauptung, die ohne Zweifel sehr wesentlich durch die Erwägung unterstützt wird, daß man die Jagd als Nutzung des Grundstückes und das Verhältnis des Wildes zu diesem Letzteren als Pertinenzverhältnis auffaßte [54]). Hiemit glaube ich den Gesammteindruck des Charakters der Rechtsquellen in Kürze gekennzeichnet zu haben, welcher hinsichtlich unserer Frage allerdings als entscheidend angesehen werden muß, da bestimmt formulirte Rechtssätze den Quellen fehlen. (Gerber, Privatr., § 72, Anm. 2.)

B. Heutiges Recht.

Die Frage nach dem zwischen dem Jagdberechtigten und dem freien Wilde bestehenden Rechtsverhältnis ist auch vom Standpunkte des heutigen, wenigstens österreichischen Rechtes eine unerledigte. Der Hauptgrund solcher Erscheinung liegt in der Gesetzgebung selbst. Die meisten Particulargesetze übergehen die Frage mit völligem Stillschweigen; in manchen Gesetzen tritt uns eine Terminologie entgegen, welche mit dem Inhalte einzelner Gesetzesstellen schwer zu vereinigen ist; ja, es scheinen nicht selten Rechtsnormen selbst inhaltlich miteinander in Widerspruch zu stehen. So trägt denn die heutige Gesetzgebung

[54]) Diese für das ältere deutsche und österreichische Recht vertretene Auffassung gilt zweifelsohne für das ältere französische Recht; ein Umstand, der für die aufgestellte Ansicht um so mehr in's Gewicht fällt, weil die Entwickelung des Jagdrechtes in Frankreich im Wesentlichen die gleiche war, wie in Deutschland; sodann aber, weil man das Wild in Frankreich seit jeher als res nullius betrachtete. Auch nach französischem Rechte umfaßte die Gewere an einer Liegenschaft zugleich die auf derselben befindliche fahrende Habe. Mit diesem Institute hing zusammen eine Reihe von Rechten, so das Strand-(Grundruhr-)Recht, das Recht auf herrenlose Sachen, (insbesondere droit d'épaves), ein Pfändungsrecht auf der Liegenschaft, das droit de suite, wohl auch das Ueberfalls- und Ueberhangsrecht. Vgl. über die Entwickelung und Bedeutung der Gewere in Frankreich W. Schaeffner, Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs, Bd. III., 2. Ausg. (1859), S. 293—320.

im Allgemeinen, wenngleich nicht in gleichem Maße, das eben beleuchtete Gepräge des früheren Rechtes an sich. Dieser Charakter ist in weit höherem Grade als der deutschen und so mancher anderen Gesetzgebung dem österreichischen Rechte eigen, auf welches nun näher eingegangen werden soll.

Was dessen historische Grundlage betrifft, so bietet dieselbe nichts Eigentümliches dar, und es ist demgemäß in solcher Beziehung auf das früher Gesagte zu verweisen. Allerdings ist aber der zwischen dem heutigen Jagdrechte und seiner geschichtlichen Basis insbesondere mit älteren Doktrinen bestehende Zusammenhang gerade, was die aufgeworfene Frage anbelangt, ein sehr inniger, so daß dessen sorgfältige Berücksichtigung zum vollen Verständnisse des geltenden Rechtes als unerläßlich erscheint.

a. Herrenlosigkeit des Wildes.

Die Ansicht, welche den Jagdberechtigten als Eigentümer des noch unoccupirten Wildes erklärt [55]), stützt sich vornehmlich auf nachstehende Argumente.

---

[55]) Dieselbe wird insbesondere vertreten von Exterde in Jäger's Oesterr. Zeitschr. f. Verw., Jahrg. VIII, 1875, Nr. 46 u. Jahrg. IX, 1876, Nr. 8; Leopold Adler, ebendas. Jahrg. VIII, 1875, Nr. 48 (freilich nur für den Grundeigentümer, nicht für den Jagdberechtigten als solchen); Preleuthner, ebendas. Jahrg. XVI., 1883, Nr. 10. Siehe auch Schopf, l. c 4. Aufl., S. 24 u. 106, der den Eigentümer eines Gutes als vollkommenen Eigentümer des darauf befindlichen Wildes erklärt, (dagegen jedoch S. 7 u. 22). Andere ältere und neuere Schriftsteller, welche dieselbe Ansicht vertheidigen, siehe auf S. 24 Anm. 39. Die Redactoren des Cod. Theres. waren über unsere Frage nicht einig. So zählte der Entwurf Thinnfeld's „freie wilde Thiere in Luft, Wasser oder auf der Erde", welche in „natürlicher Freiheit sich allemal befunden oder solche wieder erlanget haben", zu denjenigen Sachen, welche Niemandem gehören, und er führte dieselben unmittelbar nach der res extra commercium an. (Harrasowsky, Cod. Theres. Bd. II. S. 30 Anm. u. S. 64 Anm.). Diese Auffassung wurde eingehend bekämpft von Azzoni, welcher die Ansicht vertrat, Wild und Fische seien nicht herrenlos, befänden sich vielmehr

Erstens sind es eine Reihe von Gesetzesstellen, welche dem Jagdberechtigten Eigentum beizulegen scheinen. Diese von den Anhängern jener Auffassung übrigens nur theilweise verwerteten Bestimmungen sind folgende. § 1 d. Pat. v. 28. Febr. 1786 erklärt, die Inhaber eines Wildbannes seien berechtigt, in ihren Jagdbezirken das Wild „als ihr Eigentum gleich jedem zahmen, in einem Meierhofe genährten Viehe .... wie es ihnen gefällig ist zu fangen oder zu schießen und zum eigenen Genusse zu verwenden oder zu verkaufen." § 5 dess. Pat. negirt das Wildfolgerecht mit der Bemerkung, es bleibe „dem Besitzer des Bannes, in den sich das Wild gezogen hat, frei, mit demselben wie mit seinem Eigentume zu schalten." § 20 d. Pat. bestimmt, es sei „das Fangen oder Schießen fremden Wildes.... wie die Entfremdung jedes anderen Eigentumes ein Diebstahl." Dieselbe Norm enthält der Erlaß d. Min. d. I. v. 15. Dec. 1852, Z. 5681, § 5 und 23 [56]). Der oberöst. Statth.-Erl. v. 28. Dec. 1852, Z. 18419 (L. G. Bl. Abth. II Nr. 1 ex 1853) erklärt § 3: „Das Wild ist Eigentum des Jagdinhabers." Ein Erl. d. k. k. Landesreg. f. Krain v. 18. Mai 1855 (L. G. B. Nr. 18) ordnet an, daß ein getödtetes Raubthier „im Eigentum desjenigen verbleibe, in dessen eigentümlichen oder gepachteten Jagdreviere dasselbe erlegt worden ist" [57]). Das croatische Jagdgesetz v.

---

im Eigentume des Grund- resp. Wassereigentümers, (l. c. Bd. II., S. 30 Anm.). Auch Holger bestritt die Herrenlosigkeit der jagdbaren Thiere und der Fische und trat für die Behauptung ein, daß dieselben im Eigentume stehen, (l. c. Bd. II. S. 64 Anm., unten).

[56]) Diese Bestimmung findet sich auch in den Statthalterei-Erlässen jener Kronländer, welche die geltenden jagdpolizeilichen Vorschriften republiciren; so im Kärnt. Statth.-Erl. v. 5. Jänner 1853 (L. G. Bl. Nr. 3, II. Abth.) § 3 u. 11; Niederöst. Statth.-Erl. v. 27. Dec. 1852, Z. 45482 (L. G. Bl. Nr. 473 ex 1853) § 5 u. 23; Oberöst. Statth.-Erl. v. 28. Dec. 1852, Z. 18419 § 3; Salzb. Statth.-Erl. v. 25. Dec. 1852 (L. G. Bl. Nr. 447) § 1; Steierm. Statth.-Erl. v. 28. Jänner 1853 (L. G. Bl. II. Nr. 28) § 1, 5 u. 16.

[57]) Aehnlich erklärt das Bukowinaer Landesges. v. 1. Oct. 1870

J. 1870 bestimmt in § 19: „Der Jagdberechtigte ist als Eigentümer des gesammten in seinem Jagdreviere befindlichen nützlichen und nicht nützlichen Wildes zu betrachten" [58]). Auch einige Erkenntnisse des obersten Gerichtshofes werden als Belege angeführt. So bemerkt die Entsch. v. 4. Aug. 1851 das Wild werde durch die Flucht auf ein fremdes Revier eine fremde Sache. Derselben Wendung bedient sich die Entsch. v. 8. Juli 1852. Ja, die Entsch. v. 2. Oct. 1861 und v. 7. Apr. 1883 sprechen geradezu vom „Eigentum" des Jagdberechtigten am unoccupirten Wilde. Dergleichen Ausdrücken begegnen wir auch nicht selten in den Entscheidungen der Verwaltungsbehörden [59]).

(L. G. Bl. Nr. 32) § 4: „Die Eigentumsrechte auf das eingebrachte Raubthier bleiben durch dieses Gesetz unberührt, und es gelten hierüber die allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen und Jagdvorschriften". Schon die Jäger- u. Fischerei-Ordnung für Kärnten v 16. Jänner 1731 (approb. 1732) enthielt die Wendung, ein von einem Nichtberechtigten occupirter Bär „verbleibe" „im Eigenthume" des Jagdberechtigten.

[58]) Das geltende ungarische Jagdges. v. 1872 vermeidet derartige Wendungen. Dagegen findet sich der Ausdruck „Eigentümer des Wildes" (u. zw. des nicht occupirten) in § 10 des XXIV. Ges.-Art., Ungar. Landt.-Beschluß v. 1802. Puk, System des ungar. Privatrechtes, 1870, S. 118 behauptet demgemäß ganz allgemein für das ungarische Recht, das Wild sei „Eigentum des Grundeigentümers" (resp. Jagdberechtigten, auch nach Art. 18, Decret 5 d. Ges.-Art. von 1729, nach dem Theresian. Urbar. für Ungarn v. 1767, VI. Hptst. und für das Banat v. 1780, Abs. VI, 3). Dieselbe Ansicht vertritt Schopf, l. c. 4. Aufl., S. 106 auf Grund des erwähnten Landtags-Beschlusses v. 1802; anderer Meinung Kelemen, Institutiones jur. hungar., Ed. II., 1818, Lib. II, § 24 und 25, der das freie Wild, gewiß richtig, als res nullius erklärt.

[59]) Siehe z. B. die in Bd. 12 (1863) von Haimerl's Oesterr. Viertelj. Schr. S. 12 unten citirten Statthalterei-Entsch., welche hervorhebt, das Wild werde durch den Uebergang in ein anderes Revier fremdes „Eigentum". Ganz besonders entschieden erklärt eine Entscheidung einer Bezirkshauptmannschaft (citirt in Exterde's Sammlung der österr. Gesetze über Jagdwesen, 1877, S. 28, f.), das schädliche Raubthier (Fuchs) sei „keineswegs herrenloses Gut, sondern gleich einem

Für die Annahme eines Wildeigentums beruft man sich außerdem auf § 295 d. a. b. G. B. [60]), welcher „die Fische in einem Teiche und das Wild in einem Walde" erst dann als „bewegliches Gut" erklärt, „wenn der Teich gefischt und das Wild gefangen oder erlegt worden ist." (Beinahe gleichlautend ist W. G. G. B. II § 15.) Die Argumentation ist hier folgende: Das Gesetz erklärt das Wild als Zubehör resp. Zuwachs des Grund und Bodens, auf dem es sich befindet. Daher muß der Grundeigentümer, der ja heutzutage mit dem Jagdberechtigten zusammenfällt, auch Eigentümer des Wildes sein. Der Zuwachs theilt nämlich als pars fundi das rechtliche Schicksal des Grund und Bodens. Daraus ergibt sich, daß das Wild nicht herrenlos sein kann (es wäre denn der Grund selbst res nullius [61]).

---

anderen im Jagdreviere vorkommenden Wilde Eigentum des Jagdinhabers".

[60]) Eine ähnliche Bestimmung findet sich bereits in den „Declaratorien und Novellen" zur „Verneuerten" böhm. L. O. Ferdinands III. v. 1. Febr. 1640; kk. XXVIII, Z. 11 erklärt die Fische in Teichen oder in fließendem Wasser als Immobilien. Z. 14 ebendas. bezeichnet Alles was „zur Waidmannschaft" gehört als Immobilie. Das Wild scheint jedoch nicht gemeint zu sein, da die daselbst gegebenen Beispiele blos auf die adminicula juris (des Jagdrechtes) hindeuten. Der in dieser Bestimmung hervortretende Unterschied zwischen Wild und Fische dürfte mit Anschauungen zusammenhängen, welchen wir nicht selten in der damaligen Doctrin begegnen. Man betrachtete die Fische in Teichen und fließenden Gewässern als »partes aquae et fundi« und als »fructus fundi«, daher als res immobiles und im Eigentume des Grund- resp. Wassereigentümers stehend, während man das Wild nicht als »pars fundi aut terrae« ansah und daher als res nullius erklärte. So insbesondere Harpprecht, Opera, tom. II. (1628). S. 106, Z. 165 und 166, auch S. 79, Z. 16 u S. 81, Z. 37.

[61]) Auf diesem Gedankengange beruht die Ansicht von L. Adler in Jäger's Zeitschr. f. Verw. 1875, Nr. 48, von Preleuthner, ebendas. 1883, Nr. 10 und von Brünneck im Archiv f. d. civ Pr., Bd. 48, S. 95 und 113, der daher auch, was das österr. Recht betrifft, die Wildaneignung nicht als Occupations-, sondern als Separationsact auffaßt. Bei dem stricten Wortlaute des § 295 bleibt auch Schopf, l. c. 4. Aufl.,

Trotz des eben dargelegten Sachverhaltes dürfte der Nachweis gelingen, daß unsere Gesetzgebung das freie Wild als res nullius betrachtet. Die erwähnten Gesetzesstellen und Entscheidungen sind lediglich als das Product mannigfacher begrifflicher Verwechslungen, als die Nachwirkung unrichtiger Doktrinen und als Beleg für die häufig wiederkehrende Erscheinung aufzufassen, daß der vulgäre Sprachgebrauch in die Gesetzgebung und Praxis Eingang findet und nicht selten verschiedene Irrthümer im Gefolge hat.

Fassen wir nun, um eine feste Grundlage zur Widerlegung der angefochtenen Auffassung zu gewinnen, vor Allem das Recht des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in's Auge. Außer § 295 findet sich hier keine einzige Stelle, aus welcher das behauptete Wildeigentum abgeleitet werden könnte. Betrachten wir § 295 in gänzlicher Loslösung von den übrigen Gesetzesnormen, so gestattet derselbe allerdings den früher erwähnten Gedankengang und führt demgemäß zu der bestrittenen Ansicht. Denn wer das Wild als Zuwachs (Zubehör, i. S. d. Ges.) von Grund und Boden, daher als Theil einer Immobilie und somit selbst als eine solche ansieht, der muß folgerichtig den Grundeigentümer als Wildeigentümer betrachten. Die eben bezeichneten Prämissen, aus welchen der letztere Schluß notwendig sich ergibt, finden wir thatsächlich auch bei allen unseren Commentatoren [62]). Aber nicht weniger einstimmig

---

S. 10, § 13 stehen, ohne sich der Tragweite seiner Behauptungen bewußt zu werden; das Letztere gilt auch von Kaerger, l. c. S. 21.

[62]) So Zeiller, Comm. ad § 294—296. Er erklärt selbst ad § 295, daß „dieser und die folgenden 2 Paragraphe den Begriff vom Zugehör und den Grundsatz, daß die beweglichen Pertinenzstücke eines unbeweglichen Guts die rechtliche Eigenschaft einer unbeweglichen Sache überkommen (§ 294), auf Grundstücke und Gewässer anwende". Siehe außerdem Scheidlein, Handbuch I. ad § 295, der beim Wortlaute desselben gänzlich stehen bleibt; ebenso Ellinger, Comm. ad § 295; vgl. weiter Stubenrauch, Comm. ad § 293—297, (2. Aufl.), Z. 5 und 8; verschieden 4. Aufl., S. 384, Z. 5; Winiwarter, Comm. II., S. 9; unklar ist die Interpretation des § 295, 2. Satz: „erst durch

sprechen sich dieselben dahin aus, daß das Wild „freistehende“ Sache und demgemäß Occupationsobject sei [63]). Wer in § 295 die erwähnte Fiction erblickt, der muß doch, um consequent zu sein, sich fragen: in welcher rechtlichen Beziehung gewinnt dieselbe praktische Bedeutung? Betrachtet man das Wild als Zuwachs (oder Zubehör) einer unbeweglichen Sache, so darf man die Frage nicht unbeantwortet lassen, welche Gesetzesbestimmung bringt diese Fiction juristisch zur Geltung? Wie steht es zunächst mit dem Besitze? Unsere Civilisten sind im Anschlusse an das römische und deutsche Recht darüber einig, daß das freie Wild in Niemandes Besitze sei [64]). Scheinbar verhält es sich anders nach dem allgemeinen Strafgesetze vom 27. Mai 1852, welches ja die unbefugte in diebischer Absicht erfolgte Occupation (Entziehung) fremden Wildes als Diebstahl auffaßt (§ 174 f, g in Verbindung mit § 171). Unsere Jagdgesetze bleiben bei diesem Begriffe, welcher die Annahme von Besitz des Jagdberechtigten am nicht occupirten Wilde voraussetzt, stehen [65]). Allein man darf nicht vergessen,

---

das Fischen, Fangen oder Erlegen wird das einzelne Thier Gegenstand einer rechtlichen Erwerbung, früher wird nur das Vorhandensein solcher Thiere im Teiche oder Walde überhaupt berücksichtigt“. Kirchstetter, Comm. ad § 294—297 (siehe namentlich Anm. 11) schließt sich an Unger an.

[63]) So Zeiller, Comm. ad § 382 und 383; Winiwarter, Comm., II., S. 137; Stubenrauch, Comm. ad § 286 u. 287, Z. 3 u. 4, und ad § 383 u. 384; Kirchstetter, Comm. ad § 383 u. 384. Siehe auch Schopf, 4. Aufl., S. 22, freilich im Widerspruche mit S. 24, § 31 und S. 106.

[64]) Siehe Randa, Besitz, 2. Aufl., S. 306—308, namentlich Anm. 32. In Bezug auf das ältere deutsche Recht vgl. S. 30, Anm. 50.

[65]) Siehe insbes. das Jagdpat. von 1786 § 20, sowie die früher angeführten Statthalterei-Erlässe, welche die Bestimmungen dieses Pat. ganz oder theilweise republiciren. Das Pat. v. 1849 § 10 spricht, auf die Strafgesetze verweisend, von „Wildfrevel und Wilddiebstählen“, ohne den Unterschied anzugeben. Das a. b. G. B. § 383 (W. G. G. B. II. § 114) hält an dem Ausdrucke „Wilddiebe“ fest. Das ungarische Jagdges. v. 1872 § 22 und 31 bedient sich der Ausdrücke

daß der strafrechtliche Begriff des Besitzes (nach § 171) ein ganz anderer ist, als der civilrechtliche[66]), so daß also auch

---

„Wilddieberei“ und „Jagdfrevel“; das kroatische Jagdges. v. 1870 § 27 spricht blos von „Wilddieben“.

[66]) Siehe Herbst, Handbuch des österr. Strafrechtes I. ad § 171, B. Z. 9. Der Begriff des Besitzes, welchen das österr. Recht dem Wilddiebstahl zu Grunde legt, erinnert also lebhaft an die Gewere des älteren deutschen Rechtes War ja doch das freie Wild nach Letzterem „res non possessa“ (Anm. 50). Und dennoch sprechen die Rechtsquellen consequent von Diebstahl, furtum, auch beim freien Wilde. Dieser bestand eben nach germanischem und nordischem Rechte in dem dieblichen Nehmen aus fremder Gewere, welche ja auch den Begriff der örtlichen Machtsphäre in sich schloß. Siehe z. B. Th. R. Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes, 2. Aufl. (1874), S. 419 u. 420, auch Wilda, Das Strafrecht der Germanen (1842), S. 605—606, 865 u. 866, der freilich aus dem erwähnten Sachverhalte die weitere Folgerung zieht, der Diebstahl sei als Eigentumsverletzung aufgefaßt worden. Bekennt man sich zu der eben dargelegten Auffassung, so gewinnen jene Entscheidungen des obersten Gerichtshofes wenigstens einige Berechtigung, welche das vom Wilderer occupirte Wild, so lange es im Jagdreviere sich befindet, als im „Besitze“ des Jagdberechtigten stehend betrachten und daher den Diebstahl erst dann als vollbracht ansehen, wenn der Wilderer seine Beute aus dem Reviere hinausgeschafft hat. So die Entsch. v. 8. Juli 1852 u. v. 21. März 1866 (Gerichtszeitung 1852, Nr. 120, 1866, Nr. 34). (Billigend Herbst, l. c. I. ad § 171, Z. 14, ablehnend Randa, Besitz, 2. Aufl., S. 307, Anm. 31). Mit Recht hat die deutsche Gesetzgebung und Wissenschaft beim Diebstahl den strafrechtlichen Besitzbegriff mit dem civilrechtlichen in Einklang gebracht. Schon viele deutsche Particulargesetze unterschieden zwischen Wilddiebstahl und Wild- (oder Jagd)frevel und subsumirten unter den letzteren Ausdruck insbesondere die strafbare Occupation fremden in statu libertatis befindlichen Wildes oder noch unoccupirten Fallwildes. So z. B. das bair. Ges. v. 25. Juli 1850 die Bestrafung des Jagdfrevels betreffend (darüber Brater, l. c. S. 67 ff.), u. A. An jener Unterscheidung ihrem Wesen nach festhaltend hat das deutsche Strafgesetzbuch das zuletzt erwähnte Delict als eine strafbare Handlung selbstständigen Characters mit ähnlichen Delicten zu einer neuen Kategorie „Strafbarer Eigennutz“ zusammengefaßt und vom Wilddiebstahl strenge geschieden, (siehe § 242 u. 243 und 292—295 des R. Str.-G.-B.). Die Praxis, insbesondere jene des Reichsgerichtes, hat jenen Unterschied mit voller Consequenz fortentwickelt. Siehe über Theorie und Praxis in dieser Beziehung

vom Standpunkte des geltenden Strafrechtes aus, kein Argument gegen die gemeine Ansicht entnommen werden kann, welche das freie Wild als in Niemandes Besitz befindlich betrachtet. Gelangt aber vielleicht die Fiction, welche § 295 angeblich enthält, in Bezug auf die Eigentumsfrage zur Geltung? Alle Commentatoren beantworten diese Frage vom Standpunkte des Gesetzbuches in verneinendem Sinne. Das 3. Hauptst. d. II. Theiles behandelt den Erwerb des Eigentums herrenloser Sachen und führt als ersten Fall den „Thierfang" an (§ 383 und 384). Allerdings wird bezüglich der Normirung des Jagdrechtes auf die politischen Gesetze verwiesen [67]); allein die erwähnte systematische Stellung des § 383 und dessen Zusammenhang mit § 382 [68]) genügt, um jeden Zweifel an der Richtigkeit der

---

außer den Handbüchern des deutschen Reichsstrafrechtes namentlich: Dalcke, l. c. S. 78 ff.; R. Wagner, Preuß. Jagdgesetzgebung, S. 94 ff.; Trunck, Das Jagdrecht nach den in Bayern geltenden Bestimmungen, (1880), S. 100 ff. Im Hinblick auf das Bemerkte verdient das in Oesterreich im letzten Decennium hervortretende Bestreben, mit dem veralteten Begriffe des Wilddiebstahls zu brechen, gewiß volle Billigung. Zwar steht der Strafgesetz-Entw. von 1867 (§ 265 u. 268 lit. k) im Wesentlichen noch auf dem Standpunkte des geltenden Rechtes; siehe darüber Geyer, Besprechung des Entwurfes, S. 196 u. 199, Z. 5. Der Entwurf von 1874 unterscheidet jedoch bereits im Sinne der deutschen Gesetzgebung. Verletzung fremden Jagdrechtes durch Wild-Occupation ist „Strafbarer Eigennutz" (§ 313—317). Der gleiche Thatbestand ließe sich übrigens auch unter die in § 261 d. Entw. gegebene Definition des Diebstahls subsumiren, da dieselbe nicht mehr das Entziehen aus dem Besitze, sondern das „rechtswidrige Zueignen einer fremden Sache" als Diebstahl erklärt, das Wild aber in Bezug auf den Wilderer, weil einer fremden Vermögenssphäre angehörend, jedenfalls als fremde Sache erscheint. Uebereinstimmend der Entwurf von 1881, § 311—314 u. § 258.

[67]) Darauf beruft sich z. B. Exterde i. Jahrg. VIII, Nr. 46 von Jäger's Zeitschr. f. Verw.

[68]) § 382 erklärt nämlich, daß bei einigen „freistehenden" Sachen „ein Vorrecht der Zueignung bestehe, und § 383 erklärt, daß „dieses insbesondere beim Thierfange gelte". Also freistehende Sache einerseits, Vorrecht der Zueignung andererseits.

eben bezeichneten Ansicht auszuschließen. Interpretirt man den Schlußsatz des § 295 in der angefochtenen Weise, so müßte ja der Hinweis des § 383 im 4. Hauptst. („Vom Zuwachse") stehen; dort ist aber des Jagdrechtes nicht mit einer Silbe gedacht [69]).

Wer immer also in § 295 die dargelegte Fiction, zu deren Annahme der Wortlaut dieser Stelle verleitet, findet, der muß gar bald die Ueberzeugung gewinnen, daß diese Auffassung mit dem sonstigen Gesetzesinhalte in Widerspruch steht, so daß also dieselbe der interpretirten Norm jedwede rechtliche wie praktische Bedeutung benimmt [70]). Dieses Resultat zwingt zu einer anderen Auslegung. Ein solcher Widerspruch wird vermieden, wenn man den § 295 im Sinne Unger's (System I. S. 391—394) auslegt. Hienach soll diese Gesetzesstelle namentlich den Zweck haben, einen Satz des älteren deutschen Rechtes zu negiren. Der Fruchtnießer, der Pächter u. s. f. muß im Gegensatze zum deutschen Rechte die noch nicht gewonnenen Früchte, das freie Wild, die Fische im Teiche mit dem Grundstücke herausgeben, (daher unbewegliches Gut), selbst wenn bei Endigung des ususfructus oder Pachtes die größte Arbeit zur Gewinnung der Früchte gethan war, wenn die Zeit zum Jagen, zum Fischen da ist [71]). Diese Auffassung mag richtig sein; allein sollte denn der Schwerpunkt des § 295 in einer

---

[69]) Aehnlich argumentirt Mack i. Jahrg. VIII, Nr. 50 von Jäger's Zeitschr. f. Verw.

[70]) Selbst auf strafrechtlichem Gebiete bewährt sich, von dem früher Gesagten abgesehen, die erörterte Auffassung nicht. Denn im Sinne des Strafgesetzes erscheint das freie Wild nicht als unbewegliche, sondern als bewegliche Sache (§ 171 und 174 f, g) Der Begriff des Diebstahls steht also jener Interpretation geradezu entgegen. Siehe Herbst, l. c. I. ad § 171, Z. 4, der sich an die bekämpfte Auslegung des § 295 anzuschließen scheint. Richtig bemerkt daher Randa, Besitz S. 308: „Es gibt nicht ein Verhältniß, in dem sich diese Fiction des § 295 als practisch bewähren würde; sie ist schlechthin eine juristische Todtgeburt". Aehnlich Stobbe, II., 2. Aufl., S. 526 oben.

[71]) Diese Ansicht theilen im Wesentlichen Randa, Besitz, S. 308, Anm. 33 und Schiffner, Lehrbuch des österreichischen allgemeinen Civilrechtes, I. 3., S. 29, Anm. 35.

Negation liegen? sollte er nicht vor Allem den Zweck haben, einen Rechtssatz positiver Art zum Ausdrucke zu bringen? Einen solchen Rechtssatz glaube ich aber in folgendem zu finden.

Das Wild, die Fische sollen, so lange sie nicht occupirt sind, als Zubehör des Grundstückes oder Teiches angesehen werden. Die juristische Bedeutung der Zubehöreigenschaft liegt nun darin, daß dieselbe als Moment der Willensinterpretation bei gewissen Rechtsgeschäften in Betracht kömmt. Der Schlußsatz des § 295 enthält also eine Auslegungsregel. Wer das Grundstück veräußert oder vermacht, der veräußert oder vermacht zugleich Wild und Fische, so lange sie noch nicht occupirt sind. Freilich erscheint dieser Rechtssatz, welcher in § 295 zu Tage tritt, nur als eine unrichtige Formulirung eines an sich richtigen Gedankens. Da Wild und Fische in ihrer Freiheit herrenlos sind, so kann von einer Veräußerung oder Legirung derselben als res nullius keine Rede sein. Das Occupationsrecht, das Jagd- oder Fischereirecht ist als mitveräußert oder mitlegirt anzusehen. Es liegt also dem Ausdrucke nach eine Verwechslung der zu erwerbenden Sache mit dem Erwerbsrechte vor. Stellen wir uns auf diesen Standpunkt, so bringt der Schlußsatz des § 295 den allgemeinen Rechtssatz zum Ausdrucke: rechtsgeschäftliche Verfügungen, welche das Grundstück, den Teich betreffen, erstrecken sich im Zweifel auch auf das Jagd- oder Fischereirecht. Das erlegte Wild, der gefangene Fisch aber ist nicht mehr „Zubehör", kein Gegenstand des Jagd- oder Fischereirechtes mehr, gilt also in Dispositionen über das Grundstück, den Teich, nicht schon stillschweigend als mitbegriffen. Da nach dem zur Zeit der Publication des bürgerlichen Gesetzbuches geltenden Rechtszustande das Jagdrecht auch als ein vom Grundeigentume abgelöstes Recht begründet werden könnte, so kam der erwähnten Bestimmung des § 295 damals allerdings eine größere Bedeutung zu, als heutigen Tages [72]). Die

---

[72]) Die eben entwickelte Ansicht scheint Randa, Besitz, S. 308, Anm. 33 andeuten zu wollen.

dargelegte Interpretation des § 295 2. Satz findet eine gewichtige Unterstützung in den correspondirenden Stellen des Codex Theresianus. II. Nr. 177 enthält nämlich, nachdem im Vorhergehenden (Nr. 165—176) von den sogen. res civiliter immobiles und der rechtlichen Bedeutung der Pertinenz-Eigenschaft (Nr. 174) im Allgemeinen die Rede war, die Bestimmung: „Weilen jedoch sich sowohl bei letzwilligen Anordnungen, als bei Handlungen zwischen Lebenden zum öftern Anstände eräußern, ob eine bewegliche Sache für unbeweglich zu achten sei oder nicht . . . ., so wollen wir hiemit zur Behebung von Anständen für alle derlei Fälle, wo es auf die Absonderung beweglicher von unbeweglichen Sachen ankommt und alle andere entweder durch letzten Willen oder durch Verträge oder Vergleiche vorgeschriebene Richtschnur ermangelt, nachfolgende Sachen (außer den beigefügten Ausnahmsfällen) für beweglich gehalten und verstanden haben." . . . . „g) (Nr. 189) Das Wild, so zum Genuß oder Verkauf eingesperret ist, wie nicht weniger die in Behälteren oder in Absätzlein aufbehaltene Fische, wohingegen das freie Wild, wann solches gleich in Thiergärten oder umzäunten oder sonst eingeschränkten Bezirken befindlich wäre, und die Fische in Teichen oder fließenden Wassern dem Grund folgen."

Zum klaren Ausdruck gelangt hier der Gedanke: wenn über den Grund verfügt wird, so gelten Wild und Fische, sobald sie occupirt sind, als in die Verfügung nicht eingeschlossen. Hat aber die Besitzergreifung noch nicht stattgefunden, so „folgen" Wild und Fische dem „Grunde", d. h. sie gelten als mit diesem veräußert, vermacht u. dgl. In Wahrheit ist es freilich nur das Occupationsrecht, welches zugewendet wird, so daß uns hier dieselbe Verwechslung der Sache mit dem Recht entgegentritt, wie im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche.

Bekennt man sich zu der bezeichneten Auslegung des § 295, so steht derselbe mit dem sonstigen Gesetzesinhalte in vollem Einklange. Mit dieser Interpretation fällt von selbst die Be-

hauptung, daß jene Norm eine Fiction enthalte und den Gedanken eines Wild- und Fischeigentums vor erfolgter Occupation zum Ausdrucke bringe.

Die Auffassung, zu welcher der nackte Wortlaut des § 295 2. Satz verleitet, entspricht allerdings einer ehemals verbreiteten Doctrin, welche Wild (und Fische) buchstäblich als Zubehör oder Zuwachs des Grund und Bodens (Wassers) ansah und von dieser Anschauung ausgehend zu dem Begriffe eines Wild- (resp. Fisch-) Eigentums gelangte. Diese Doctrin wurzelt zunächst in einer bloßen Buchstabeninterpretation der (älteren) deutschen Rechtsquellen, welche ja nicht selten das Wild als Pertinenz, Zubehör, Nutzung des Grund und Bodens bezeichnen. Thatsächlich ist aber das Jagdrecht [73]) gemeint, so daß uns also in den Quellen zuweilen dieselbe Verwechslung entgegentritt, wie in § 295 des b. G. B. Jene schwachen Stützen, welche die Quellen boten, waren der Doctrin sehr erwünscht. Denn sie hatte sich zur Aufgabe gesetzt, dem Jagdberechtigten einen möglichst intensiven Rechtsschutz zu sichern. Dieses Ziel aber glaubte man nur zu erreichen, wenn man den Jagdberechtigten schon vor der Occupation als Eigentümer des im Reviere befindlichen Wildes erklärte. Da bot sich denn der dehnbare Begriff des Zubehörs als eine willkommene Grundlage dar. An eine vage Definition des Zubehörs anknüpfend, in welcher die Sachpertinenzen als Sachtheile besonderer Art erscheinen, stellte man folgende Sätze auf: Wer ein Grundstück in Besitz nimmt und dadurch zu Eigentum erwirbt, der erwirbt damit zugleich alles unbewegliche und bewegliche Zubehör desselben, also auch das auf dem Grundstücke befindliche Wild, ohne daß es bezüglich der einzelnen Stücke einer besonderen

---

[73]) Die meisten Quellenstellen vermeiden übrigens diese Verwechselung, führen vielmehr das Jagdrecht (den Wildbann) als Pertinenz des Grund und Bodens an, (siehe S. 11, Anm. 14). Sogar die älteren österreichischen Jagdgesetze sind frei von derartigen Wendungen. Natürlich liegt selbst dann, wenn man das Jagdrecht als Zubehör bezeichnet, wie früher bemerkt wurde, eine juristische Ungenauigkeit vor.

Ergreifung bedürfte. Durch diese auf einer falschen Grundlage beruhenden Argumentation, glaubte man das angebliche Wildeigentum genügend bewiesen zu haben [74]). Daß diese Doctrin der Natur der Sache widersprach und lediglich auf einer Fiction ruhte, zu welcher weder ein praktisches, noch ein juristisches Bedürfnis vorlag, ist einleuchtend [75]). Wer Eigentümer eines

---

[74]) Besonders ausführlich wird diese Lehre dargelegt von Ickstatt, l. c. § 142 ff. (S. 92 ff.). Recht characteristisch tritt dieser Standpunkt namentlich in der Bemerkung hervor: „Also erlangen wir das Eigenthum über das Wild, über Fische und Vögel, als der Früchte und Ausbeute desselben, durch den blosen Eintritt in das Grundstück, mit eben dem Rechte, mit welchem wir uns das Getreide, die Aepfel, Birnen u. dgl. zueignen, ob wir sie gleich nicht besonders ergriffen und angerühret haben. Also läßt sich auch eben dieses von dem Wilde sagen, daß es, nachdem wir überhaupt von dem Grundstück Besitz genommen, auch zugleich in unsere Gewalt gekommen sei..." (S. 99, Anm. 1). Ickstatt beruft sich für seine Auffassung auf Hugo Grotius, D. Menken, Schilter, Christ Thomasius, G. G. Titius, T. Reinhart, Vitriarius und Gribner; siehe § 153 (S. 100—103). Auch Leyser, l. c. VII., S. 37 oben betrachtet den Grundeigentümer als Wildeigentümer, weil ferae »fundo nostro comprehendentur et ejus quodammodo pars sunt«. Bemerkenswerth ist die wunderliche Begründung von H. Hildebrand, Disp. de conserv. ferar. nociva, § 8: »Dominium ferarum moribus nostris jure accessionis et fructuum quasi ad eum pertinere, ad quem ius venandi spectat: hoc enim apprehensio ferae corporalis non facit, sed solum aut districtus, qui illam continet, et in quo habemus eam apprehendendi. Sic ferae in banno ferino nostro morantes, nostrae sunt, et earum dominium mediante solo et districtu venatorio tanquam continente nobis quaesitum putatur.« Diese Motivirung hat schon Riccius, l. c. S. 219—220 zu satyrischen Ausfällen veranlaßt.

[75]) Mit Recht sagt Pagenstecher, l. c., I. S. 65, Anm. 2 von dieser Doctrin, freilich in mißverständlicher Auslegung des Schwabensp. Cap. 197, § 7 (Gengler): Das Wild ist kein Zuwachs des Grundes; „der Schwabensp. entscheidet entgegengesetzt, und so leider die gemeine Praxis. Hier ist in der That das Unvernünftige Recht geworden". Bezeichnend ist es übrigens, daß zuweilen selbst die Rechtsquellen jene Doctrin zurückweisen; so z. B. der Reichsdep.-Abschl. v. 30. Oct.

Grundstückes wird, der erwirbt zugleich auch die mit demselben verbundenen Realrechte, also auch das Realjagdrecht. Dieser einfache Rechtssatz ist der in jener Lehre enthaltene wahre Kern. In unseren modernen Jagd- und Fischereigesetzen findet sich keine einzige Stelle, welche an jene unrichtige Anschauung erinnert; und so enthält denn im geltenden österreichischen Rechte der Schlußsatz des § 295 den einzigen freilich bedeutungslosen Nachklang jener älteren Doctrin.

Noch eine andere ehemals sehr verbreitete Lehre, welche in viele moderne Gesetzbücher Eingang fand, hat der juristischen Construction des behaupteten Wildeigentums zur Grundlage gedient. Im Staate gibt es strenge genommen — so lehrte man — keine herrenlose Sache. Alles, was nicht im Privateigentume steht, ist Eigentum des Staates [76]). Von den Gegenständen der letzteren Kategorie aber überläßt der Staat Einige der Zueignung entweder Aller oder bestimmter Personen. Nur diese der Zueignung überlassenen Objecte können gewissermaßen

---

1600, welcher (§ 36) ausdrücklich erklärt, das Wild sei „pro fructu seu parte rei" nicht zu halten, (Emminghaus, Corp. jur. germ., 2. Aufl., S. 422). Siehe auch Harpprecht, l. c. II. (1628) S. 106, Z. 166, S. 79, Z. 16, S. 81, Z. 37, dagegen S. 87, Z. 69 ff., S. 106, Z. 165; ebenso Finsterwalder, l. c. III. (1730) S. 581, dagegen S. 613 (Fische = „fructus aquae"). Vgl. über die dargelegte Lehre auch Chabert, l. c. § 66 u. 67. Auch die Redactoren des Cod. Theres. scheinen keine Anhänger jener Doctrin gewesen zu sein. So erklärt die Azzonische Umarbeitung (Harrasowsky, II. S. 61, Anm.), daß sich zwar „der Besitz eines Grundstückes auf alle Theile desselben erstrecke", dagegen „die auf demselben befindlichen beweglichen oder sich bewegenden Sachen erst einzelweise in die Gewalt des Besitzers des Grundstückes gebracht werden müssen".

[76]) So z. B. insbesondere schon Hugo Grotius, De jure belli ac pacis, II., c. II. § 4; Pufendorf, Jus naturae et gent., lib. IV cap. VI, § 4. Man betrachtete dieses Eigentum des Staates als Folge der ersten allgemeinen Ergreifung, „occupatio per universitatem", Weitere Citate z. B. bei Ickstatt, l. c. S. 142 (§ 2) ff. und bei Maurenbrecher, l. c. 2. Aufl., I. § 189, der sich von jener älteren Lehre noch nicht ganz losgesagt hat, vielmehr eine Mittelmeinung vertritt.

herrenlos genannt werden. Eigentum des Staates sind aber nicht etwa blos die in Niemandes Privateigentum stehenden Immobilien, sondern von den Mobilien insbesondere auch alles bewegliche „Zubehör" der Immobilien, daher namentlich auch Wild und Fische. Der Staat aber kann bestimmen, es solle dieses Eigentumsrecht am Wilde entweder auf den ersten Occupanten oder auf jene Personen übergehen, die er als jagdberechtigt erklärt. Es schwebte also der Gedanke einer Nachfolge in das Recht des Staates vor. Die Occupation hatte den Charakter einer originären Erwerbsart eingebüßt. Auf solche Weise war aber die Doctrin von dem angeblichen Eigentum des Staates an den herrenlosen Sachen gleichfalls zu einer Grundlage für die juristische Construction des behaupteten Wildeigentums des Jagdberechtigten geworden. Der Satz, daß es im Staatsgebiete strenge genommen keine herrenlose Sache gebe, hat wie in das französische Civilgesetzbuch [77]), so auch in die österreichische Gesetzgebung Eingang gefunden. Während aber diese Lehre noch im Codex Theresianus ganz rein uns entgegentritt [78]), findet sich im geltenden österreichischen Rechte

---

[77]) Art. 539 u. 713 erklären ausdrücklich, daß die „biens vacans" dem Staate gehören. Daher herrscht unter den französischen Juristen Streit bezüglich der Frage, ob nach dem Rechte des Code die Occupation als Eigentumserwerbsart in Betracht komme. Siehe über diese Frage z. B. Laurent, Principes de droit civil, t VIII S. 521—523, auch S. 541—545.

[78]) II. 3, Nr. 10 erklärt ausdrücklich: „Alle Erwerbungsarten des Eigenthums sind in dem gegenwärtigen Stand der Sachen ableitlich, weilen Alles, was in dem Umfang eines Staats oder Landes ist, sich allschon entweder in dem öffentlichen Eigenthum der höchsten Gewalt, oder in dem sonderheitlichen Eigenthum der Gemeinden oder einzler Personen befindet, folglich auch nichts von Neuen erworben werden kann". Im Anschlusse daran bemerkt II, 3, Nr. 11: „Die ableitliche Erwerbung geschieht auf zweierlei Art, als entweder durch den Uebergang und Uebertragung aus einer Gattung des Eigenthums in die andere, nämlich aus dem öffentlichen in das sonderheitliche, und dagegen aus dem sonderheitlichen in das öffentliche, oder in der nämlichen Gattung des sonderheitlichen

nur mehr ein schwacher Niederschlag derselben [79]); insbesondere aber hat es das Letztere gänzlich unterlassen, aus jener Doctrin

---

Eigenthums von einem Herrn an den anderen". II. 3, Nr. 14 führt sodann „die Ergreifung eines Dings" als erste Gattung der Erwerbungsarten an; siehe II. 1, Nr. 45, auch II. 4, Nr 5—9 und 11. In den letzteren Stellen wird diese Theorie auf Wild, Vögel, Fische u. dgl. angewendet. Ueber die Stellung Azzoni's und Thinnfeld's zu jener Lehre siehe Harrasowsky, Cod. Theres., Bd. II., S. 4, Anm. S. 12 u. 13, Anm. S. 45, Anm. unten und S. 60 u. 61, Anm. 2. Das Gefühl des Richtigen war jedoch auch den Redactoren des Cod. Theres. eigen. So tadelten Holger und Azzoni, daß man das dominium eminens des Landesfürsten als „dem Begriff des privatrechtlichen Eigentums verwandt behandle" (Bd. II, S. 42, Anm.).

[79]) § 286 erklärt ausdrücklich: „Die Sachen in dem Staatsgebiete sind entweder ein Staats- oder ein Privatgut"; vgl. damit § 287, 1. Satz. Ausführlicher sagte das W.-G. G.-B. II. § 3: „Sachen, die sich im Gebiete eines Staates befinden, sind nicht mehr allen Menschen gemein: sie gehören entweder dem Staate insgesammt, oder bestimmten Mitgliedern desselben." Die Redactoren nahmen also thatsächlich an, es könne im Staate keine Sache ohne Herrn geben. Denn der Staat habe das ganze Gebiet mit allen Sachen, die sich darin befinden, im Besitze. Die sogen. res nullius unterliegen dem dominium eminens des Staates; nur erhebt er keinen Einspruch gegen deren Occupation durch Untertanen (§ 287) oder Fremde (§ 33); daher „freistehende" Sachen. Trotz dieser Auffassung der Redactoren liegt kein Hinderniß vor, die freistehenden Sachen als die res nullius des gemeinen Rechtes anzusehen. Wir haben es lediglich mit einer ohne alle practische Consequenzen gebliebenen Verwechselung der Begriffe „Staatseigentum" und „Staatsoberhoheit" zu thun. Allerdings untersteht alles im Staate Befindliche der staatlichen Gesetzgebung, Gerichtsbarkeit u. dgl. Aber Eigentum im technischen Sinne liegt nicht vor. Fürwahr ein bloßes Schattenbild, ein bedeutungsloser Name, ein leerer Schall wäre jenes Eigentum, da es ja doch dem Zugriffe eines Jeden freisteht! Dieses Eigentum kann also unmöglich auf einer Linie stehen mit dem Eigentum, welches dem Staate an den ihm gehörigen Gebäuden u. s. w. zukömmt! Unsere Commentatoren sind sich jener Verwechselung nicht bewußt geworden, scheinen aber immerhin Bedenken getragen zu haben, das angebliche Staatseigentum mit dem Privateigentum auf eine Linie zu stellen. Siehe z. B. Zeiller, ad § 286, Z. 1, ad § 287, Z. 2; Scheidlein, Handbuch I. ad § 286; Nippel, Erläuterung des allgem. b.

irgend eine Consequenz zu ziehen, welche zur Construction des angeblichen Wildeigentums verwendet werden könnte.

Die eben dargelegten Theorien erscheinen jedoch, wenigstens der Mehrzahl der Schriftsteller, noch nicht als genügende Grundlage zur Construction des behaupteten Wildeigentums. Man suchte sich den Eigentumsbegriff selbst zur Erreichung des angestrebten Zieles dienstbar zu machen. Man construirte in mehr oder minder willkürlicher Weise einen von dem gangbaren verschiedenen Eigentumsbegriff. Man sprach von einem „dominium remotum vel semiplenum" [80]), von einem „veränderlichen", „wandelbaren", „unbeständigen", „bestimmten (fixirten), befestigten" und „nicht befestigten" [81]), von einem „schwebenden", „mittelbaren" [82]), „vergänglichen", „unvollständigen", „unvollkommenen" [83]), „flüssigen und festen" [84]) Eigentum. Allerdings versichern uns nun Manche von den Schriftstellern, welche solchen Eintheilungen huldigen, allen Ernstes, daß jenes vergängliche und wandelbare Eigentum

G.-B., III., ad § 286, Z. 1, ad § 287, Z. 3 und ad § 382; Winiwarter, II. § 2 und 83; Stubenrauch ad § 286, 287, Z. 2—4 und ad § 381 und 382. Noch mehr abgeschwächt tritt die beleuchtete Theorie im preußischen Landrecht zu Tage; siehe die Stylisirung von Thl. II., 16, S. 1 ff. Dem Staate wird hienach nur ein „vorzügliches Recht zum Besitze" zugesprochen. Es scheint daher, als ob man von der Annahme ausgegangen sei, daß der Staat erst durch die Apprehension Eigentümer werde; ausschließliches Aneignungsrecht also, nicht schon Eigentum! Spätere Gesetzbücher haben sich von dieser Theorie gänzlich frei gehalten; so insbesondere das zürcherische G.-B. § 487; siehe auch sächsisches Civil-G.-B. § 227 ff.; nicht so das bernische Civil-G. B. § 334 und 335; darüber König, Civil-Gesetzbuch für den Kanton Bern, II. Bd., (1880), S. 8 ff.

[80]) So drücken sich die Anmerkungen zum bayrischen Landrecht, Thl II., c. 3, § 3, Z. 15 aus.

[81]) So z. B. Roth in der Krit. V.-J.-Schr., S. 548, 553 und 564 oben, auch Ickstatt, S. 96, § 150 ff.

[82]) So Schmid, Handbuch des gemeinen deutschen bürgerlichen Rechtes I. S. 59.

[83]) Dieser Ausdrücke bedient sich Ickstatt, z. B. § 153 (S. 103), § 69 (S. 36 und 37), § 105 (S. 65 und 66).

[84]) So Brinz, Pand., I. S. 570 oben.

am Wilde u. dgl. „zu derjenigen Zeit, da solches wirklich bei uns ist, von dem ordentlichen Eigentum nicht unterschieden sei". (Ickstatt, § 153, S. 103). Allein es läßt sich meines Erachtens unschwer beweisen, daß jene angebliche Unterart des Eigentums dem Wesen des Eigentums im technischen Sinne widerspricht. Und sodann waren ja die meisten Vertreter der erwähnten Auffassung, wie leicht dargethan werden kann, selbst von der Ueberzeugung durchdrungen, daß jenes angebliche Eigentum in Wahrheit kein Eigentum im streng juristischen Sinne sei.

Wie immer man das Eigentum definiren mag, darüber dürfte (wenigstens bei Mobilien) kein Streit entstehen, daß dasselbe seinen Wesen nach eine der menschlichen Herrschaft unterworfene Sache voraussetzt. Dieses Merkmal paßt auf das angebliche Wildeigentum offenbar nicht im Entferntesten. Von einer unmittelbaren Unterwerfung und Beherrschung kann hier keine Rede sein. Jenes Eigentum beschränkt sich in Wahrheit nur auf das ausschließliche Recht auf Erwerb und Hege des Wildes. Daher lassen sich auch die §§ 354 und 362 d. a. b. G. B. (W. G. G. B. II. §. 74 und 80), auf das behauptete Wildeigentum gar nicht anwenden [85]). Es erscheint außerdem höchst überraschend, daß man es versucht, ein Mobiliareigentum in völliger Loslösung vom Besitze zu construiren. Ist man darüber einig, daß das Eigentum, wenn man bis zum ersten Erwerber zurückgeht, mit dem Besitze beginnen müsse, daß aber das freie Wild in Niemandes Besitze sei, so stellt sich die angefochtene Auffassung als ein Widerspruch mit einer von ihren Vertretern selbst als richtig anerkannten Lehre dar [86]). Es gehört außerdem

[85]) Ebensowenig die ausführlichen das Wesen des Eigentums betreffenden Bestimmungen des Cod. Theres. II. 3. Nr. 1—8.

[86]) So z. B. Brinz, Pand. I. § 147: „Richtig verstanden wird aber überall nicht das erst mögliche, zu begründende, sondern das bereits existente Eigentum ohne Besitzerwerb erworben; es scheint alte, uralte Regel, daß man die Sache, woran Eigentum erst begründet werden soll, factisch an sich bringen, in Besitz nehmen muß". Dazu auch l. 1, § 1 Dig. de acq. r. d. 41, 1. Trotzdem nun Brinz (§ 148) das freie Wild als res non

zum eigensten Wesen des Eigentumsrechtes, daß dasselbe den regelmäßigen Charakter der dinglichen Rechte theilend, als ein auf die Dauer angelegtes Recht erscheint [87]). In grellem Widerspruche hiemit steht jenes auf ein bestimmtes Territorium eingeschränktes Wildeigentum, welchem seiner Natur nach der Charakter der Wandelbarkeit, der Unbeständigkeit anklebt. Wahrlich kein juristisch faßbarer Begriff mehr, sondern ein Schattenbild eines Eigentums, welches nach Laune des Zufalls oder seines Objectes in einem und demselben Tage vielleicht ein Dutzendmal verloren und wieder erworben wird [88])! Oder sollte man etwa einen Unterschied machen zwischen Stand- und Wechselwild und wohl bei jenem, nicht aber diesem Eigentum annehmen! So ist denn jenes Wildeigentum seiner Natur nach grundverschieden

---

possessa ansieht, betrachtet er dasselbe (nach deutschem Rechte) als „flüssiges Eigentum" des Jagdberechtigten. Auch Gesterding, l. c. S. 73 erklärt, indem er jene Pand.-Stelle citirt: „Das Eigentum wilder Thiere hängt von dem Besitze derselben ab, und es ist gleichbedeutend, zu sagen, man besitze sie nicht oder man sei nicht Eigentümer derselben". Dennoch glaubt er (für das deutsche Recht) jenes angebliche Wildeigentum vertheidigen zu müssen (S. 84—85), ohne freilich diese Anschauung gerechtfertigt zu finden. Dem Gedanken, daß „das Eigentum ursprünglich nur mit Erlangung des Besitzes anfange", begegnen wir auch in der österreichischen Gesetzgebung. Siehe insbes. W. G. G.-B. II. § 106; dasselbe läßt sich übrigens auch aus § 380 und 381 d. a. b. G.-B. folgern. Wie enge das Recht gerade bei wilden und zahmgemachten Thieren das Eigentum mit dem Besitze sich verknüpft denkt, zeigt die dem modernen, sowie dem römischen und deutschen Rechte eigene Bestimmung, daß das Eigentum an denselben durch Erlangung ihrer natürlichen Freiheit, also mit dem Verluste des Besitzes, entweder sofort oder doch nach kurzer Zeit verloren geht. Siehe z. B. § 384 a. b. G. B. (W.-G. G.-B. II. § 112), und besonders entschieden schon Cod. Theres. II. 4, Nr. 24 (auch II. 4, Nr. 35). Und dennoch sollte sich der Erwerb des Eigentums am freien Wilde, das niemals in Jemandes Besitz sich befand, ohne Apprehension vollziehen?

[87]) Darüber z. B. Unger, I. S. 528 und 545, Z. 4.

[88]) Man denke z. B. an einen Hasen oder an Flugwild, die an der Grenze zweier Reviere hin- und herwechseln. Siehe auch Mack in Jahrg. VIII Nr. 50 von Jäger's Zeitschr. f. Verw.

vom Eigentum im technischen Sinne. Das Erwähnte dürfte wohl genügen, um das Ungesunde und Widerspruchsvolle in jener Auffassung bloszustellen.

Uebrigens genügt ein Blick auf die Art und Weise, wie die erörterte Auffassung dargelegt wird, um die Ueberzeugung zu gewinnen, daß die Vertreter dieser Theorie mit dem angeblichen Wildeigentum niemals vollen Ernst gemacht haben. Gar wohl sind sich jene Schriftsteller dessen bewußt, daß sich das Recht des Jagdberechtigten als Eigentum im technischen Sinne nicht construiren lasse. Es macht den Eindruck selbst bezeugter Ohnmacht, wenn wir zuweilen die in Frage stehende Lehre mit anscheinend voller Ueberzeugungstreue entwickeln sehen, plötzlich aber Sätzen begegnen, welche so zu sagen als Eingeständnis der Unhaltbarkeit der versuchten Construction erscheinen. Schon der Umstand, daß man es für nötig fand, für jenes Eigentum eine eigene Terminologie zu schaffen, dürfte diese Behauptung genügend beweisen. Wozu solche Unterscheidungen, wenn man jenes Eigentum mit dem Eigentume im technischen Sinne als identisch erachtete? Lassen wir übrigens die Vertreter der angefochtenen Theorie selbst reden. So erklärt z. B. Ickstatt (II. Cap., § 10, S. 151), das Wild (u. dgl.) stehe auf öffentlichem Grund und Boden gleichsam nur unter dem „entfernten Eigentum" des Landesherrn; dennoch sei es „dem Titel nach" unter die eigentümlichen Sachen zu zählen. An einer anderen Stelle (§ 69, S. 36 und 37) heißt es: „unvollständig sei das Eigentum" dann, „wenn wir die Sache noch nicht wirklich und in Ansehung der Art und Weise eigen gemacht, jedoch den Titel, uns solche eigen zu machen, mit Ausschließung Anderer besitzen." Nachdem dieser Schriftsteller außerdem die Ansicht, daß dem Landesherrn blos der „Titel der Bemächtigung ausschließlich" zustehe, als ebenso zulässig erklärt, wie die Lehre vom Wildeigentum des Landesfürsten (§ 12, S. 153), sehen wir zur Bezeichnung des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses im weiteren Verlaufe der Darstellung stets die Wendungen wiederkehren: „Eigentum am

Wilde", „oder wenigstens Titel und Recht, sich desselben ausschließend zu bemächtigen", (§ 35, S. 171, § 44, S. 185 § 99, S. 189, § 17, S. 240 und 241 u. s. w.), „entweder vollkommen oder dem Titel nach unter dem Eigentum" (§ 25, S. 163) u. dgl. Ja, Ickstatt erklärt sogar (§ 11, Anm. 1, S. 236), daß bei „kleinen" Grundstücken das Eigentum über das Wild ein „sehr lächerliches Eigentum" wäre, welches „gleichsam von Augenblick zu Augenblick auf einen anderen Besitzer fällt." Diese Bemerkung paßt aber zweifelsohne auch auf das in großen Revieren befindliche Wechselwild, und es kann überhaupt die Größe des Revieres für die Natur des in Frage stehenden Rechtsverhältnisses unmöglich von Bedeutung sein. Deutlicher noch spricht sich Exterde, (Zeitschr. für Verwaltung 1875 Nr. 46), einer der Hauptvertreter der angefochtenen Theorie für das österreichische Recht aus. Auf § 1 des Pat. v. 28. Februar 1786 Bezug nehmend, erklärt er, ein Eigentum im streng juristischen Sinne sei das freilich nicht, sondern nur ausschließliches Occupationsrecht; der Jagdberechtigte müsse „wie ein Eigentümer" betrachtet werden; es liege eine besondere Art von Eigentum vor [89]).

Diese und ähnliche Aeußerungen liefern einen genügenden Beweis für die Thatsache, daß die Vertreter der bekämpften Auffassung selbst mindestens von dem Gefühle der Unhaltbarkeit derselben durchdrungen waren. Wohl war man sich dessen bewußt, daß dem Jagdberechtigten bezüglich des Wildes ein sehr intensives Recht zustehe, welches das römische Recht nicht kannte. Und nicht weniger fühlte man das Bedürfnis eines ausgiebigen Rechtsschutzes. Da man nun das Recht des

---

[89]) Siehe auch Schopf, l. c. 4. Aufl., der S. 24 und 106 den Jagdberechtigten als vollkommenen Eigentümer des im Reviere befindlichen Wildes erklärt, während S. 22 und 23 das Wild zu den herrenlosen Sachen gezählt wird. Vgl. auch Roth i. d. Krit. V.-J.-Schr., S. 549, Abs. 2, der bemerkt, das Wild sei „gewissermaßen" Eigentum des Jagdberechtigten, und die Anmerkungen zum bairischen Landrecht, Thl. II., C. 3, citirt bei Roth, l. c. S. 552.

Jagdberechtigten in einer diesem Bedürfnisse gerecht werdenden Weise nicht zu construiren vermochte, so glaubte die romanisirende Doctrin den kürzesten und sichersten Weg zu gehen, indem sie jenes Recht unter eine der Rechtskategorien des römischen Rechtes subsumirte. Und da bot denn der Eigentumsbegriff die meisten Berührungspunkte und zugleich den intensivsten Rechtsschutz [90]). So hatte man den angestrebten Zweck erreicht, aber freilich nur, indem man dem Eigentumsbegriffe Gewalt anthat [91]).

---

[90]) Siehe z. B. Ickstatt, l. c., der nicht einsieht, weshalb man nicht lieber, um dem Jagdberechtigten einen ausgiebigen Rechtsschutz zu sichern, den geraden Weg gehen, d. h. dem Jagdberechtigten Eigentum zusprechen sollte.

[91]) Die Theorie vom Wildeigentum des Jagdberechtigten ist auch dem englischen Rechte durchaus nicht fremd, hat vielmehr in demselben eine eigentümliche Gestalt angenommen. Das englische Recht unterscheidet nämlich zwischen „qualified" und „absolute property". Absolutes Eigentum liegt dann vor, wenn Jemand voller, vollkommener Eigentümer ist; wenn aber das Eigentum eine besondere, specielle oder beschränkte Beschaffenheit hat, so liegt qualificirtes Eigentum vor; Letzteres namentlich in Folge der eigentümlichen Qualification des Objectes, weil dasselbe nicht geeignet erscheint, in Jemandes unbeschränktem Eigentum zu stehen. Siehe über diesen Unterschied Stephen, l. c. II., S. 73. Ein solches qualificirtes Eigentum wird nun auch bei Wild (und Fischen) in bestimmten Fällen („per industriam, propter impotentiam" und „propter privilegium") angenommen (Stephen, II., S. 68 ff., S. 81). Was das Jagd- und Fischereirecht betrifft, so kommen für uns zwei Fälle in Betracht. Dieses Recht kann auf einem Privilegium beruhen. In diesem Falle besteht qualificirtes Eigentum des Berechtigten, u. zwar so lange als sich die Thiere im Reviere befinden (Stephen, II., S. 20); daher auch „transient property" (wandelbares Eigenrum) (Stephen, II. S. 72). Hierher gehört auch das qualificirte Eigentum in den sogen. „forests" (Bannwälder) und den sogen. „free fischeries" (Fischereirecht in Bannwässern) (Stephen, II., S. 17 ff. und S. 23). In allen anderen Fällen ist das freie Wild (ebenso die Fische) res nullius. Dies gilt insbesondere auch vom Grund- Jagd- und Fischereirecht („ratione soli"), ebenso bei der common piscary (Fischereiservitut), (Stephen, II., S. 81 und 23. Diese „qualified property" des englischen Rechtes erinnert an das „unvollständige" Eigentum „dominium semiplenum". Ein solches besteht freilich nach englischem Rechte auch bei

Die bisherige Untersuchung hat zu dem Ergebnisse geführt, daß die Annahme eines Wildeigentums im technischen Sinne im Gesetzesinhalte keinen Anhalt finde, vielmehr als das Product von in Verwechslungen und Widersprüchen sich bewegenden theilweise romanisirenden Doctrinen erscheint. Zu diesem Resultate sind wir durch Zuhilfenahme des historischen und des systematischen Elementes der Auslegung, also auf dem Wege der logischen Interpretation gelangt. Es läßt sich nun nicht behaupten, daß dieses Ergebnis mit dem Wortlaute wenigstens der Mehrzahl von den oben S. 34 u. 35 angeführten Gesetzesstellen, auf welche man das angebliche Wildeigentum zu stützen sucht, in grellem Widerspruche sich befinde. So viel dürfte nur feststehen, daß uns die grammatische Interpretation wegen der Unbestimmtheit, der Mehrdeutigkeit der in Betracht kommenden Ausdrücke zu einem sicheren Resultate nicht geleitet, so daß also hier die logische Auslegung weniger als ändernde, vielmehr als declarative fungirt. Vor Allem unterliegt es keinem Zweifel, daß jene Bestimmungen, welche das freie Wild in Bezug auf jeden Nichtberechtigten als „fremde Sache" bezeichnen, ebenso diejenigen, welche erklären, das Wild „gehöre" dem Jagdberechtigten, durchaus nicht als Beweis des behaupteten Wildeigentums angeführt werden können. Denn eine „fremde" Sache ist jene, welche einer fremden Rechtssphäre angehört und die Rechtsformen des „Gehörens" können sehr verschieden sein [92]). Aus den Normen, welche von „Eigentum"

---

zahm gemachten Thieren und bei Thieren, die zu entfliehen unfähig sind (propter impotentiam), z. B. bei Vögeln, die noch nicht flügge sind. Wenigstens im ersteren Falle nimmt das österreichische Recht (wie das deutsche und römische) Eigentum im technischen Sinne an. Das sogenannte qualificirte Eigentum des englischen Rechtes hat also keineswegs in allen Fällen die gleiche juristische Natur. Die englische Jurisprudenz scheint übrigens darüber einig zu sein, daß der bloße Bestand eines Jagd- oder Fischereirechtes die Herrenlosigkeit von Wild und Fischen nicht aufhebt (Stephen, II., S. 17 und 83).

[92]) Siehe auch Herbst, l. c. I. ad § 171, Z. 6.

sprechen, müssen vorerst jene Stellen ausgeschieden werden, welche den Jagdberechtigten blos mit einem Eigentümer vergleichen, wie z. B. § 5 des Pat. v. 18. Februar 1786. Was aber die Bestimmungen betrifft, welche dem Jagdberechtigten geradezu „Eigentum" beilegen, so stehen wir vor einer Alternative. Sollen wir das vom Gesetze gebrauchte Wort im Sinne des § 353 oder des § 354 a. b. G.-B. (Westgal. G.-B. II. § 73 und 74) auffassen [93])? Mit anderen Worten: sollen wier hier an eine Verflachung des Eigentumsbegriffes zu dem des Vermögensrechtes überhaupt oder an Eigentum im streng juristischen Sinne denken? Zur Beantwortung dieser Frage, sowie zur Beseitigung der früher bezeichneten Zweifel, reicht die grammatische Interpretation offenbar nicht aus. Diese Behauptung muß um so berechtigter erscheinen, wenn man erwägt, daß die österreichische Gesetzgebung den Ausdruck „Eigentum" durchaus nicht consequent in einem und demselben Sinne, sondern bald in der weiteren, bald in der engeren Bedeutung gebraucht [94]). Die logische Interpretation hat also zu entscheiden und diese führt zu dem Resultate, daß dem Jagdberechtigten Eigentum im streng juristischem Sinne am freien Wilde nicht zustehe. Das Wild bleibt herrenlose Sache trotz des Jagdrechtes. Das Gleiche gilt vom Fischereiberechtigten. Für die Irrelevanz des Wortes „Eigentum" in den citirten Normen läßt sich gewiß auf die Thatsache hinweisen, daß gerade bezüglich des Jagdrechtes und Jagdberechtigten

---

[93]) Ueber diese Paragraphe siehe z. B. Unger, I. S. 524—526, Randa, Eigentumsrecht I. S. 8 und 45, auch die Entsch. d. ob. G.-H. v. 4. Dec. 1869 (Glaser-Unger, Sammlung, Nr 3325).

[94]) Siehe z. B. § 1424, 1030 a. b. G.-B.; man denke außerdem an die im österreichischen Rechte noch immer gebräuchlichen Ausdrücke „geistiges Eigentum", „Bergwerkseigentum"; darüber Randa, Eigentumsrecht I. S. 45—49. Auch das sogen. Flußeigentum, welches die Gesetzgebung „theoretisch" anerkennt, ist in Wahrheit nicht Eigentum, sondern eine für sehr verschiedenartige Befugnisse gebrauchte „Kollektivbezeichnung"; vgl. Randa, Eigentumsrecht I., S. 90—94.

jener Ausdruck in der Bedeutung des § 353 in die Gesetzgebung Eingang fand [95]). Für die Richtigkeit des gewonnenen Ergebnisses aber dürfte auch der Umstand in's Gewicht fallen, daß sich die österreichische Fischereigesetzgebung von einer Terminologie, welche zu der Annahme eines dem behaupteten Wildeigentume analogen Fischeigentume verleiten könnte, gänzlich freigehalten hat [96]). Diese Wahrnehmung findet insbesondere auch auf die neuesten Landesfischereigesetze und die Entwürfe zu einem Reichsfischereigesetze und deren Motive Anwendung [97]).

Zur Unterstützung der für das österreichische Recht ver-

---

[95]) Der vulgäre Sprachgebrauch, welcher den Jagdberechtigten „Jagdeigentümer", „Eigentümer der Jagd" u. dgl. nennt, ist auch in die Gesetzgebung übergegangen. Siehe z. B. Jagdpat. v. 1786, 2. Abs. u. § 17, Pat. v. 7. März 1749, § 4, Hfd. v. 12. April 1821, Z. 9687 (die Vergütung von Wildschäden betreffend) Abs. 3, u. s. w.

[96]) Dies gilt für alle Fischereigesetze von der Fischereiordnung Rudolfs III. vom 3. Juni 1583 angefangen. Nirgends findet sich eine Stelle, welche eine feste Stütze für das angebliche Fischeigentum zu bieten vermöchte. Ueber Tit. X. § 3 des Tract. de iur. incorp. von 1679 siehe weiter unten.

[97]) Die Entwürfe nämlich aus den Jahren 1874 (Beilage 245 zu den sten. Prot. des Abgeordnetenhauses VIII. Sess., III. 1875) und 1883 (Beilage 649 zu den sten. Prot. des Abgeordnetenhauses IX. Sess., IV. 1883). Die berührten, theilweise gleichlautenden Landesgesetze, welche zum Zwecke der „Hebung der Fischerei in den Binnengewässern" erflossen, sind insbes.: Gesetz vom 27. Oktober 1880 für Vorarlberg (L.-G.-Bl. vom 20. Mai 1882, Stück VI); Gesetz vom 25. November 1880 für Krain (L.-G.-Bl. vom 31. December 1881, Stück XI); Gesetz vom 7. November 1880 für die Bukowina (L.-G.-Bl. vom 27. August 1881, Stück X); Gesetz vom 7. November 1880 für Oesterreich ob der Enns (Gesetz und V.-O.-Bl. vom 2. Mai 1881, Stück III); Gesetz vom 13. März 1882 für Görz und Gradiska, Istrien und Triest sammt Gebiet (L.-G.-Bl. vom 2. März 1883, Stück V); Gesetz vom 2. März 1882 für Kärnten (L.-G.-Bl. vom 30. November 1882, Stück XV); Gesetz vom 9. December 1882 für Ober- und Niederschlesien (Gesetz und V.-O.-Bl. 1883, Stück VIII); Gesetz vom 2. September 1882 für Steiermark (L.-G.-Bl. vom 19. Juli 1883, Stück VIII); Gesetz vom 20. Jänner 1883 für Oesterreich unter der Enns (L.-G. und V.-O.-Bl. 1883, Stück XXI).

theidigten Ansicht dürfte ein Hinweis auf die deutsche Rechtspraxis nicht ganz bedeutungslos erscheinen. Obgleich uns nämlich auch in der deutschen Jagdgesetzgebung, freilich bei weitem nicht im gleichen Maße wie in der österreichischen Gesetzgebung, Ausdrücke und Wendungen entgegen treten, welche zu der Behauptung eines Eigentums am freien Wilde Anlaß geben könnten [98]): so hält doch die Praxis der Gerichte und vor Allem jene des Reichsgerichtes an der von uns vertretenen Anschauung mit großer Consequenz fest [99]). Diese Auffassung darf denn auch in

---

[98]) Siehe z. B. § 24 des preußischen Jagdpolizei-Ges. v. 7. März 1850, welcher von einem „Verbleiben" des gefangenen oder erlegten Wildes im „Eigentum" des Jagdberechtigten (Enclavenbesitzers) spricht. Auch jene Normen sind namhaft zu machen, welche sich der Wortwendung bedienen, das (freie) Wild „gehöre" dem Jagdberechtigten. So das Hannoverische Ges. v. 29. Juli 1850, § 13, das Badische Ges. v. 2. December 1850 § 16, das Württembergische Ges. v. 17. October 1855 § 16, das Hessische Ges. v. 2. August 1848, das Gothaische Ges. v. 7. April 1870 § 24, das Schwarzburg-Rudolfstadtische Ges. v. 4. December 1848 und 3. Oktober 1849, das Schaumb.-Lippe'sche Jagdpolizei-Ges. v. 6. Mai 1870 § 21, das Lippe-Detmold'sche Ges. v. 22. Juni 1851 § 19.

[99]) Siehe insbesondere: Entscheidung des Reichsgerichtes vom 21. December 1881 (in Strafsachen Bd. V. Nr. 97, S. 281); Entscheidung des Reichsgerichtes vom 1. October 1881 (in Strafsachen Bd. V, S. 86 und 87); Entscheidung des Reichsgerichtes vom 10. Juni 1882 (in Strafsachen Bd. VI, Nr. 125, S. 377); Entscheidung des Reichsgerichtes vom 7. Jänner 1884 (in Strafsachen Bd. IX, Nr. 122, S. 414, Z. 2); Entscheidung des Reichsgerichtes vom 3. März 1884 (in Strafsachen Bd. X, S. 235 unten); Entscheidung des Reichsgerichtes vom 10. April 1883 (in Strafsachen Bd. VIII, S. 275). Diese letztere Entscheidung geht von der Annahme aus, daß selbst Wild in geschlossenen Thiergärten nicht im Besitze des Jagdberechtigten zu sein braucht und daher herrenlos sein könne. Vgl. mit dieser Entscheidung das Erkenntnis des preußischen Obertribunals vom 17. Februar 1876 (Goltdammer's Archiv Bd. 24, S. 136–137). Siehe auch die Entscheidung des Reichsgerichtes vom 5. Februar 1884 (in Strafsachen Bd. X, 24, S. 80 und 81), welche den Ausdruck „gehören" im preußischen L.-R. I. 9, § 177 nicht schlechthin von einem Eigentume des Grundeigentümers an den in seinen geschlossenen Gewässern vorhandenen Fischen versteht,

der modernen deutschen Wissenschaft als communis opinio angesehen werden [100]). Eine besondere Beachtung beansprucht die französische Rechtspraxis, welche bereits seit langer Zeit und in zahlreichen Erkenntnissen Wild und Fische, so lange sie in ihrer natürlichen Freiheit sich befinden, mit großer Entschiedenheit als res nullius bezeichnet [101]). Insoweit die französische Rechtswissenschaft herrenlose Sachen kennt, schließt sich dieselbe der Rechtspraxis an [102]). Auch die italienische Jurisprudenz tritt übereinstimmend für die Herrenlosigkeit des freien Wildes ein [103]).

---

sondern den Sinn dieses Ausdruckes erst durch Bezugnahme auf I. 9, § 178 und 179 feststellt. Zugleich enthält die Entscheidung die Anerkennung der Herrenlosigkeit der in nicht geschlossenen Gewässern befindlichen Fische.

[100]) Manche deutsche Gesetzbücher erkären Wild und Fische, so lange sie in statu libertatis sind, ausdrücklich als herrenlos; so insbesondere das sächsische Civ.-G.-B. § 229; siehe auch preußisches L.-R. I. 9, § 107 ff., d. Entw. e. bürg. G.-B. f. Bayern von 1864 (Sachenr.) Art. 117 und das Zürcherische bürg. G.-B. § 487.

[101]) Siehe die in Sorel, Du droit de suite et de lapropriété du gibier, S. 82, 86, 97, 110, 117, 131, 143, 145, 147, 149, 151, 153 citirten Entscheidungen. Höchst selten begegnen wir Andeutungen eines Wildeigentums, wie z. B. in dem (bei Sorel, S. 83 citirten) Erkenntnisse des französischen Cassationshofes vom 22. Juni 1843, welches den Jagdberechtigten einem Eigentümer gleichstellt und ihm das Eigentum an allem in seinem Reviere getödteten Wilde zuerkennt.

[102]) Siehe z. B. Laurent, l. c. VIII., S. 525—530 vergl. mit S. 521—523, siehe auch S. 531; Leblond, Code de la chasse I. (1878), S. 159, 227. namentlich aber Sorel, c. S. 80 ff. und die daselbst citirten Schriftsteller. Unter Anderem bemerkt Sorel (S. 85 unten), daß das Princip, welches das freie Wild als res nullius erklärt, seit jeher dem französischen Rechte eigen gewesen sei. Siehe auch, insbesondere mit Bezug auf Elsaß-Lothringen, Neubauer, l. c. S. 100 und 102, und hinsichtlich der Fische S. 114. Die Ansicht, welche dem Jagdberechtigten Eigentum am freien Wilde beilegt, wird nur ganz vereinzelt und gewöhnlich mit der haltlosen Begründung vertheidigt, daß das Wild zu den Erzeugnissen, den Nutzungen des Grund und Bodens gehöre; darüber Sorel, l. c. S. 83—85.

[103]) Vergl. z. B. Pacifici-Mazzoni, Istituzioni, 2. ed.

Die österreichische Rechtspraxis dagegen befindet sich noch immer im Schwanken. Während die oben S. 35 angeführten Entscheidungen von der Annahme eines Wildeigentums ausgehen oder doch von einem solchen sprechen, zeigt sich in neuerer Zeit eine unverkennbare Hinneigung zur richtigen Anschauung; so in der Entscheidung des Cassationshofes vom 21. Mai 1883, Z. 61, (Geller's Oesterreichisches Centralblatt 1883, S. 643 und 644) [104]), insbesondere aber im Erkenntniß des Verwaltungs-Gerichtshofes vom 4. September 1877, (Erkenntnisse, Jahrg. 1876/77 Nr. 116, S. 313) [105]). Die eben erwähnte Tendenz trat übrigens schon in den das böhmische Jagdgesetz von 1866 betreffenden Landtagsverhandlungen zu Tage. Die überwiegende Anzahl der Redner schloß sich dem von uns als richtig hingestellten Standpunkte an [106]).

III. 1. (1872) S. 7; Landucci, l. c. S. 361 ff; bezüglich der Fische siehe z. B. C. Gatteschi in Serafinis Archivio giurid. Vol. XII. (1874) S. 567, 568 und 577.

[104]) Diese Entscheidung ist übrigens noch nicht ganz frei von der unrichtigen Ausdrucksweise, da sie von ausschließlicher Apprehensionsbefugnis und zugleich von Eigentum spricht.

[105]) Siehe auch die Entsch. d. ob. G.-H. v. 10. December 1861 (Sammlung Nr. 1431), welche das Fischereirecht als dingliches Recht, nicht aber als Eigentum bezeichnet. (Richtig auch die Wortfassung der Eidesformel, welche die V.-O. d Min. d. J. u. d. Just. v. 2. Jänner 1854 (R.-G.-Bl. Nr. 24) im Falle der Beeidigung eins Forstschutzbedienssteten für den Jagddienst vorschreibt, nämlich: „Ich schwöre, das mir anvertraute Waldeigentum und Jagdrecht", nicht etwa Wald- und Wildeigentum.)

[106]) 1866, Sitzung 24, 25, 27 und 29. So erklärte der Berichterstatter v. Sträruwitz (Sitzung 24, S. 17 und 18), daß das Gesetz mit den Grundsätzen des allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches in vollem Einklange stehe. Ebenso bemerkte der Abg. Hanisch (Sitzung 24, S. 24), er habe nur deswegen nicht gegen § 1 des Gesetzes gestimmt, weil er dessen Uebereinstimmung mit dem allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuche vorausgesetzt habe. Prof. Brinz (Sitzung 24, S. 29) kehrte sich gegen die Ansicht, welche das Wild als eine bloße Pertinenz des Grundeigentums ansieht und demgemäß dem Grundeigentümer das Eigentum am Wilde, selbst wenn es noch in voller Freiheit sich befindet, zuspricht. „Gegen

Die bisherigen Untersuchungen dürften den Beweis erbracht haben, daß das geltende österreichische Recht an dem Grundsatze festhält: Wild und Fische, so lange sie im Zustande natürlicher Freiheit sich befinden, stehen nicht im Eigentume des Grundeigentümers, des Jagd- resp. Fischereiberechtigten; sie sind herrenlos, res nullius.

b. Das Jagdrecht als ausschließliches Anrecht auf Eigentumserwerb.

Der Begriff der Herrenlosigkeit wird verschieden gefaßt. Herrenlose Sachen sind nach der richtigen Auffassung solche Sachen, die zufällig in Niemandes Eigentum stehen. (Unger I. S. 362, Anm. 1.) Der bloße Besitz hebt also die Herrenlosigkeit an sich noch nicht auf. Herrenlos ist aber mit „rechtlos" [107])

---

diese Theorie, die mit dem bürgerlichen Gesetzbuche im Widerspruche steht, aus dem Schooße der Jagdfreunde hervorging und dann namentlich im Kriminalrechte ihre gewaltigen, ... ihre furchtbaren Consequenzen gefunden hat", muß sich Redner verwahren. Ebenso erklärt Herbst (Sitzung 29, S. 30): „Das Wild ist nicht Eigentum des Jagdberechtigten ...." An Vertretern der entgegengesetzten Meinung fehlte es freilich auch nicht; so selbst das Commissionsmitglied Fürst Karl Schwarzenberg (Sitzung 24, S. 18); ebenso Sadil (Sitzung 24, S. 18), der sogar so weit geht zu behaupten, die Ansicht, der Grundeigentümer ist zugleich Eigentümer des auf dem Grunde befindlichen Wildes, sei „überhaupt schon früher gesetzlich festgesetzt, folglich außer Frage." Beide Redner gründeten übrigens ihre Ansicht auf § 1 des böhmischen Jagdgesetzes. Weil nämlich das Jagdrecht Eigentumsbestandtheil sei, so müsse der Jagdberechtigte auch Eigentümer des Wildes sein; so schloß man! Wie wenig man übrigens bei den Verhandlungen über jenes Gesetz auf die technische Bedeutung des Eigentumsrechtes achtete, beweist zur Genüge der Umstand, daß manchem Abgeordneten die Ausdrücke „Eigentümer der Jagd", „Eigentümer des Jagdrechtes" u. dgl ganz geläufig waren. (27. Sitzung S. 19 und 29. Sitzung S. 18.)

[107]) Siehe Brinz, Pand I. § 154, 155, Jhering, Passive Wirkungen der Rechte, in den Jahrbüchern für die Dogmatik d. R. Bd. X. S. 422 ff. und 472, auch Pfaff-Hoffmann, Comm. ad § 547 A. II.

noch keinesfalls identisch. Vielmehr müssen zwei Kategorien herrenloser Sachen unterschieden werden; solche, welche dem Zugriffe des ersten Occupanten freistehen, und solche, auf deren Erwerb bestimmten Personen ein ausschließliches Anrecht zusteht [108]). Diese dem römischen Rechte fremde Unterscheidung ist deutschrechtlichen Ursprunges [109]) und aus dem deutschen Rechte in viele moderne Gesetzgebungen übergegangen; so auch in das österreichische Recht [110].) Im W. G. G. B. II. § 2, 103, 107, 108 finden wir jene Unterscheidung scharf ausgeprägt. Im Anschlusse an die Terminologie dieses Gesetzbuches lassen sich herrenlose Sache der ersteren Art als „anspruchlose", Sachen der letzteren Art dagegen als „ansprüchige", „angefallene", „res jacentes" bezeichnen [111]). Trotzdem unser bürgerliches Gesetzbuch jene Terminologie aufgegeben hat, nöthigen dessen Bestimmungen (§ 287, 381 ff., 407, 410) zu derselben Unterscheidung [112]), für welche denn auch die bezeichneten Ausdrücke beibehalten werden können [113]). Zu diesen

---

[108]) Zu enge faßt daher den Begriff der Herrenlosigkeit z. B. Zeiller, Natürliches Privatrecht, S. 80, auch S. 84 § 64; Scheidlein Handbuch I. ad § 286; Hienach gehören Sachen der letzteren Art nicht zu den herrenlosen. Ebenso enge pflegte man häufig früher den Begriff der Herrenlosigkeit zu fassen. Siehe z. B. Ickstatt, § 71 S. 38 und § 78 S. 43; Martini, Lehrbegriff des Naturrechts (1799), welcher § 430 erklärt, die „liegenden" Sachen, z. B. Fische in einem Flusse, seien „keineswegs herrenlos".

[109]) Behrend in Holtzendorff's Encyclop., 4. Aufl., S. 552 unten.

[110]) Ebenso im preußischen L.-R. II. 16; siehe auch I. 9.

[111]) Im Cod. Theres. (soweit derselbe bis jetzt veröffentlicht worden ist) finden sich derartige Ausdrücke nicht. Eine anspruchige Sache nennt das W. G. G.-B. eine solche, worauf Jemand „ein ausschließliches Recht", einen „besonderen Anspruch", ein „besonderes Recht" hat (II. § 2 und 103), bezüglich welcher Jemandem „das Vorrecht der Zueignung" zusteht (II. § 108.)

[112]) Denn auch das a. b. G.-B. spricht von Sachen, die „von allen Mitgliedern des Staates durch die Zueignung erworben werden können" und von solchen, bezüglich welcher „einigen Mitgliedern ein Vorrecht der Zueignung zusteht" (§ 382).

sogenannten anspruchigen Sachen gehört nun auch das in einem Jagdreviere befindliche freie Wild. Jene Schriftsteller, welche den Begriff der Herrenlosigkeit auf die „anspruchlosen" Sachen einschränken, erklären daher auch das in einem Jagdreviere befindliche Wild nicht mehr als herrenlose Sache [114].) Das W. G. G.-B. II., § 188 ff, handelt daher auch vom Jagdrecht in jenen Bestimmungen, welche das Vorrecht der Zueignung betreffen. Ebenso läßt der Zusammenhang, in welchem § 381 und 382 des a. b. G.-B. zu § 383 und den folgenden steht, keinen Zweifel aufkommen, daß ein Gleiches vom Standpunkte des bürgerlichen Gesetzbuches gelte.

Beim Wilde ist also eine dreifache Rechtslage denkbar. Entweder es gehört dasselbe noch zu Niemandes Rechtssphäre, oder es besteht bezüglich desselben bereits ein Jagdrecht, oder endlich es befindet sich das Wild in Folge der Ausübung jenes Rechtes im Eigentum des Jagdberechtigten [115]).

---

[113]) Die Meisten unserer Commentatoren bedienen sich derselben; siehe z. B. Zeiller, Commentar, II. ad § 380, S. 157, Anm. **; Winiwarter, Commentar, II. S. 2; vgl. auch Schiffner, l. c. I. 3, § 68. Stubenrauch (4. Aufl. ad § 286 und 287, Z. 2) scheint diese Unterscheidung für das a. b. G.-B. zurückzuweisen; in Nippel, Commentar und Kirchstetter, Commentar finden sich die Ausdrücke gar nicht. Auch Herbst nannte das freie Wild bei den Verhandlungen über das böhmische Jagdgesetz eine „anspruchige Sache, res jacens" (1866, Sitzung 29, S. 30); vgl. auch Herbst, Strafrecht I. ad § 171, Z. 6. Diese Terminologie reicht übrigens weit zurück und ist namentlich in Bezug auf eine angefallene Erbschaft gebräuchlich gewesen. Anlaß gab der aus Wendungen römischer Rechtsquellen gebildete Ausdruck „hereditas jacens". Siehe z. B. Zeiller, Natürliches Privatrecht, 2. Aufl. (1808) § 85, Anm. ** und § 141. Das W. G. G.-B. erwähnt als Hauptfälle anspruchiger Sachen eine „noch nicht angetretene Erbschaft und ein noch nicht gefundener Schatz", und Zeiller, Commentar, ad 380 citirt als Beispiele die §§ 536, 730, 760 und 797 des b. G.-B.

[114]) Vgl. z. B. Ickstatt, l. c. § 78 (S. 43), § 80 (S. 44), § 106 (S. 66).

[115]) Noch ein vierter Fall wäre denkbar. Das Wild kann bereits

Die drei Stadien sind also: Rechtlosigkeit, Anspruchigkeit, Eigentum; die Sache ist entweder eine rechtlose oder anspruchige oder eigentümliche. Das Stadium der Anspruchigkeit erscheint hienach als Zwischenstadium, zugleich aber als Vorstadium des definitiven Rechtes. Im Verhältnis zur gänzlichen Rechtlosigkeit stellt sich die Anspruchigkeit dar als das Stadium des beginnenden Rechtes, auf welches jenes des vollendeten Rechtes folgt. Dieselbe erscheint als die von der Rechtlosigkeit zum Eigentum gebaute Brücke, als eine Durchgangsphase, durch welche die Sache zu gehen hat, um das ihr gesetzte Endziel zu erreichen. Jenes Zwischenstadium ist also ein Moment in dem Entstehungsprocesse des Eigentums. Mit anderen Worten: wir haben es hier mit einem jener Fälle zu thun, in welchen die „passive Seite des Rechtes vor der activen" eintritt, in welchen „die Gebundenheit der Sache als Vorstadium des Rechtes", hier des Eigentumsrechtes erscheint [116]. Um nun ein klares Bild der charakterisirten Rechtslage des Wildes vor dessen Aneignung durch den Jagdberechtigten zu gewinnen, müssen wir die Frage beantworten: wie ist die Kraft beschaffen, welche jene Gebundenheit erzeugt? wir müssen die causa efficiens jener Rechtslage in das Auge fassen, die subjective Seite des Verhältnisses prüfen, als deren Reflex der gekennzeichnete objective Zustand sich darstellt. Man pflegt sich mit dem allgemeinen Satze zu begnügen: dem Jagdberechtigten steht ein ausschließliches Occupationsrecht zu. Die juristische Natur desselben bleibt dagegen entweder gänzlich unbeachtet oder es werden doch nicht alle in Betracht kommenden Fragen berücksichtigt. Eine allseitig befriedigende Untersuchung liegt meines Erachtens nicht vor [117]. Zu welcher Classe von

---

res possessa sein, ohne daß der Besitz den Eigentumserwerb zur Folge hat. Diese Möglichkeit, die hier nicht in Betracht kömmt, wird in einem anderen Zusammenhange in's Auge gefaßt werden.

[116]) Siehe Ihering, Passive Wirkungen der Rechte, S. 458 ff., 472 ff.

[117]) Als solche kann selbst die sonst gründliche Abhandlung von Schmid, „Ueber dingliche Gewerberechte" im Archiv f. d. civilist.

Rechten zählt jenes Recht? Haben wir es mit einer Rechtskategorie eigener Art zu thun? Oder ist vielleicht hier ein Recht im technischen Sinne gar nicht vorhanden? Diese Fragen harren ihrer endgiltigen Lösung noch entgegen.

Vor Allem soll hier auf eine Eigentümlichkeit des öst. Rechtes hingewiesen werden, welche für die Beantwortung der aufgeworfenen Fragen von Bedeutung ist. Die meisten Definitionen des Jagdrechtes bezeichnen dasselbe als ausschließliches Occupationsrecht, also als das dem Berechtigten allein zustehende Recht, das in seinem Reviere befindliche Wild zu occupiren. Diese Begriffsbestimmung, welche für die deutsche Gesetzgebung wie für die meisten modernen Rechte als zutreffend erscheint, hat vom Standpunkte der österreichischen Gesetzgebung gewichtige Bedenken gegen sich. Von einem ausschließlichen Occupationsrechte kann man offenbar nur dann sprechen, wenn die Occupationsbefugnis notwendig und immer dem Berechtigten allein zusteht; mit anderen Worten: wenn das Moment der Exclusivität zum Wesen des Rechtes gehört, wenn die Occupation principiell allen Nichtberechtigten versagt ist. Dieses Moment ist aber nach österreichischem Rechte durchaus nicht wesentlich. Wie später bei Gelegenheit der Besprechung des Jagdschutzes gezeigt werden soll, sind nach dem geltenden Rechte Raubthiere regelmäßig zu den jagdbaren Thieren zu zählen. Wohl ist deren Occupation Jedem gestattet. Aber die Besitzergreifung gibt nicht Eigentum. Der Jagdberechtigte behält trotz derselben die Befugnis zur Aneignung. Bei jagdbaren Thieren anderer Art trifft nun allerdings das Moment der Exclusivität der Occupationsbefugnis zu. In diesem

Privatrecht, Bd. 44 (1861), S. 1—27 und 174—208 nicht gelten. Eine ziemlich eingehende Untersuchung widmet der Natur des Jagdrechtes und seiner Stellung im Rechtssystem: Kaerger, Zwangsrechte (1882); doch ruht dieselbe größtentheils auf selbstgebildeten, der heutigen Wissenschaft noch fremden Begriffen. Immerhin soll nicht verkannt werden, daß diese Abhandlung so manchen brauchbaren Wink enthält. Aber unsere Frage soll eben nicht in Lossagung von der heutigen Wissenschaft, sondern in möglichstem Anschlusse an dieselbe geprüft werden.

Falle unterliegt denn auch die Bezeichnung des Jagrechtes als eines ausschließlichen Occupationsrechtes keinem Anstande. Da nun aber nach österreichischem Rechte das Merkmal der Ausschließlichkeit zum Wesen des Jagdrechtes nicht gehört, so erscheint eine andere Auffassung als geboten. Mag nun die Occupationsbefugnis des Jagdberechtigten eine ausschließliche sein oder nicht, immer ist nur dieser fähig, durch Besitzergreifung Eigentum am Wilde zu erwerben.

Zwei Momente sind also beim Jagdrechte nach österreichischem Rechte jedenfalls wesentlich. Erstens nämlich ist der Berechtigte allein fähig, Eigentümer des im Reviere befindlichen Wildes zu werden, und sodann kann er wegen der Herrenlosigkeit des Letzteren nur durch Besitzergreifung das Eigentum erlangen! Das Jagdrecht charakterisirt sich somit nach der hier in Betracht kommenden Richtung als die ausschließliche Fähigkeit zum Eigentumserwerbe durch Aneignung. Das österreichische Recht kennt dem Bemerkten gemäß zwei Kategorien jagdbarer Thiere. Bezüglich der Einen besteht thatsächlich ein ausschließliches Occupationsrecht, nicht blos eine ausschließliche Fähigkeit zum Eigentumserwerb durch Occupation. Rücksichtlich der anderen Kategorie (Raubthiere und Wildschweine außerhalb des Thiergartens) ist die Besitzergreifung Niemandem verboten, aber der Jagdberechtigte allein kann durch Occupation Eigentum erwerben. Dem Berechtigten ist also stets durch generelle Rechtsnorm der Eigentumserwerb gesichert; allein nicht immer wird er durch generelles Verbot in der Occupation des Wildes geschützt.

So viel mag übrigens zugegeben werden, daß selbst nach österreichischem Rechte als Normalfall jenes Jagdrecht erscheint, welches sich als ausschließliches Occupationsrecht darstellt. Nach dem böhmischen Jagdgesetze von 1866 kann überhaupt nur ein Jagdrecht solcher Art vorkommen [118]). Im Hinblick auf

[118]) Dieser Behauptung steht § 38 des Gesetzes nicht entgegen, welcher die Occupation von Raubwild und außerhalb des Thiergartens

diesen Umstand möge es gestattet sein, die früher gestellten Fragen auf das Jagdrecht in dem zuletzt bezeichneten Sinne zu beschränken.

Wenn wir die Gesammtheit der Rechte in das Auge fassen, so ergeben sich zwei Hauptkategorien: entweder es wird der dem Berechtigten zukommende Rechtsschutz im Wege generellen an alle Nichtberechtigte gerichteten Verbotes gewährt, oder der Berechtigte wird geschützt durch specielles an bestimmte Personen zu Gunsten des Berechtigten ergehendes Gebot oder Verbot. Rechte der ersteren Art stellen sich somit dar als der Niederschlag einer generellen, Rechte der letzteren Art als Niederschlag einer speciellen Rechtsnorm. Wir werden nicht zweifeln, daß unser ausschließliches Aneignungsrecht zu der ersten Kategorie gehört. Dem Jagdberechtigten allein ist die Occupation gestattet, allen Anderen verboten. Der Schutz wird also im Wege generellen Verbotes gewährt. Da nun bei Rechten solcher Art eine rechtliche Gebundenheit des Willens aller Nichtberechtigten stattfindet, so haben wir es zugleich mit einem absoluten Rechte zu thun, dessen Wesen eben darin liegt, daß dem Rechte eine negative Verbindlichkeit aller Nichtberechtigten, eine allgemeine Anerkennungspflicht, entspricht [119]).

Die rechtliche Herrschaft, welche unser ausschließliches Occupationsrecht in sich schließt, sowie jene, auf deren Begründung dieses Recht gerichtet erscheint, ist nicht etwa eine erst durch fremde Willensaction vermittelte. Der fremde Wille kömmt lediglich nach der erwähnten negativen Richtung hin in

---

befindlichen Wildschweinen nicht allgemein gestattet, sondern den übrigens selbstverständlichen Satz ausspricht, daß die Tödtung solcher Thiere zum Zwecke der Vertheidigung von Person oder Eigentum jedem erlaubt sei.

[119]) Bei der ersteren Eintheilung erscheint als Eintheilungsgrund die Beschaffenheit der Rechtsnorm, als deren Niederschlag das subjective Recht sich darstellt. Die letztere Eintheilung dagegen nimmt auf den subjectiven Umfang der durch das Recht bewirkten Gebundenheit Rücksicht. Beide Eintheilungen decken sich aber, wenn man den Begriff der absoluten und relativen Rechte im gegebenen Sinne faßt, was allerdings nicht notwendig ist; siehe z. B. Schiffner, l. c. I. § 26, S. 92 und 93, insbesondere Anm. 31.

Betracht. Unser Recht läßt sich also ganz gut als sog. unmittelbares Recht bezeichnen [120]).

Versuchen wir es endlich, unser Aneignungsrecht von den dinglichen und obligatorischen Rechten abzugrenzen, Aehnlichkeit und Unterschied nach beiden Seiten hin zu ergründen. Dingliche Rechte sind im Allgemeinen jene, vermöge welcher der Berechtigte durch generelles Verbot in dem Genuße einer (körperlichen) Sache geschützt ist [121]). Ein obligatorisches Recht oder Forderungsrecht dagegen ist der auf speciellem Gebote oder Verbote beruhende Leistungsanspruch gegen Dritte [122]). Zum Wesen des dinglichen Rechtes gehört vor Allem die Sicherung eines Sachgenußes [123]). Dieses Merkmal trifft bei unserem Occupationsrechte vollkommen zu; wir haben es primär nicht mit einem Verhältnis von Person zu Person, sondern von Person zur Sache zu thun. Auch darin zeigt sich ein Gegensatz zu den persönlichen Rechten, dagegen eine Aehnlichkeit mit den dinglichen, daß der Berechtigte durch generelles Verbot geschützt

---

[120]) Ueber diese Eintheilung, sowie deren Beziehung zu jener in absolute und relative Rechte siehe Schiffner, l. c. I. § 26, S. 86. Daß übrigens der Begriff der Unmittelbarkeit der Herrschaft nicht bei allen unmittelbaren Rechten ganz gleich gefaßt werden darf, darüber später.

[121]) Siehe Thon, l. c. S. 173.

[122]) Hebt man die passive Seite des obligatorischen Rechtes hervor, so kann man dasselbe mit Thon (S. 202 und 207, Z. 17) kurz definiren als die „Specialverpflichtung einzelner Personen". Im Einklange mit dem Gebrauche, die relativen Familienrechte aus dem Kreise der obligatorischen Rechte auszuscheiden, könnte man die Letzteren auch negativ ganz allgemein definiren als alle relativen Rechte, die nicht Familienrechte sind. Ueber das Verhältniß der Eintheilung „dingliche und obligatorische Rechte" zu den früher berührten Eintheilungen siehe z. B. Unger I. §§ 61 und 62; Schiffner, l. c. I. § 26.

[123]) Man pflegt dies auch so auszudrücken: der Gegenstand des dinglichen Rechtes ist eine (körperliche) Sache, sein Inhalt besteht aus Befugnissen zur Vornahme von Handlungen in Bezug auf die Sache selbst (Unger, I. S. 515). Freilich muß dabei vorausgesetzt werden, daß man den Genuß des geschützten Gutes als zum Inhalte des Rechtes gehörig ansieht; dagegen Thon l. c. Cap. VI, S. 288 ff.

wird, somit sein Recht wenigstens in gewissem Sinne als ein absolut wirksames erscheint [124]). Dingliche Rechte sind unmittelbare Rechte; sie sind unabhängig von der intervenirenden Leistung irgend einer Person. (Unger I. S. 515.) Auch dieses Merkmal ist unserem Occupationsrechte eigen. Dennoch finden wir hier einen Unterschied. Das dingliche Recht stellt sich dar als ein unmittelbares Herrschaftsverhältnis der Person zur Sache. Die Herrschaft ist eine bereits begründete. Wohl bedarf unser Occupationsrecht einer fremden Willensaction zu seiner Ausübung nicht. Allein das unmittelbare Herrschaftsverhältnis besteht hier noch nicht; dessen Herstellung bildet den Zweck des Rechtes. Durch die Rechtsausübung, nämlich durch Handlung des Berechtigten selbst, (Besitzergreifung), wird das unmittelbare Herrschaftsverhältnis vermittelt. Der Begriff der Unmittelbarkeit ist also bei unserem Occupationsrechte und beim dinglichen Rechte nicht identisch. Hierin nähert sich gewissermaßen unser Recht der auf Eigentumsverschaffung gerichteten Obligation. In beiden Fällen nämlich bedarf es einer Handlung zur Begründung des unmittelbaren Gewaltverhältnisses; nur erfordert dessen Herbeiführung in jenem

---

[124]) Der Satz: alle dinglichen Rechte sind absolute, kann nicht angefochten werden, wenn man nur unter absoluten Rechten solche versteht, welche sich als der Niederschlag eines generellen Verbotes darstellen. Denn Ausnahmen heben den Character des generellen Verbotes nicht auf. Hierher gehört z. B. das publicianische Recht (a. b. G.-B. § 372 ff.). Freilich erhalten wir auf diese Weise zwei Arten absoluter Rechte: solche nämlich, die als Niederschlag eines ausnahmslosen generellen Verbotes und solche, die als Niederschlag eines generellen aber nicht ausnahmslosen Verbotes erscheinen. Man könnte Erstere unbeschränkt, Letztere beschränkt absolute Rechte nennen. Zu den Ersteren gehört unser Aneignungsrecht. Will man sich zu dieser Terminologie nicht bequemen, so müßte man zwei Gattungen relativer, nicht absoluter Rechte unterscheiden. Denn Erstere stellen sich sodann dar als der Niederschlag entweder eines speciellen Gebotes oder Verbotes, oder aber eines zwar generellen, jedoch nicht ausnahmslosen Verbotes. Nach dieser Auffassung sind die dinglichen Rechte nicht immer zugleich absolute Rechte; vgl. auch Unger, I. S. 518—520.

Falle die Handlung des Berechtigten, in diesem dagegen eine fremde Handlung (Leistung des Schuldners). In beiden Fällen aber liegt dem Endzwecke nach ein mittelbar auf Eigentumserwerb gerichtetes Recht vor. Zu den charakteristischen Merkmalen des dinglichen Rechtes gehört ferner, daß dasselbe auf die Dauer berechnet ist. Im Zusammenhange damit steht, daß es eine fortgesetzte Ausübung ohne Erschöpfung seines Inhaltes zuläßt [125]) Das Forderungsrecht dagegen trägt den Keim seines Unterganges in sich; Ausübung und Aufhebung gehen hier regelmäßig Hand in Hand [126]). Nach dieser Richtung hin nimmt das Jagdaneignungsrecht eine Mittelstellung ein. Dasselbe stellt sich dar als die Summe ebenso vieler einzelner Occupationsrechte als Stücke Wild im Jagdreviere sich befinden. Jedes dieser einzelnen Occupationsrechte, welche zur Einheit zusammengefaßt das Jagdoccupationsrecht bilden, nähert sich in der angedeuteten Beziehung den obligatorischen Rechten. Auf die Dauer angelegte Rechte liegen hier nicht vor und Ausübung ist zugleich Aufhebung. Das Jagdoccupationsrecht aber als Inbegriff aller einzelnen Aneignungsrechte nähert sich nach jener Richtung hin wieder den dinglichen Rechten, da es sich als ein auf die Dauer berechnetes, an und für sich zeitlich unbeschränktes Recht darstellt. Selbst wenn gar kein Wild im Reviere wäre, besteht es doch, freilich als ruhendes Recht, ius dormiens [127]), das aber sofort wieder auflebt, sobald ein Stück Wild im Jagdgebiete sich be-

---

[125]) Ausnahmsweise fehlt u. zw. beim Sachpfandrecht das erstere Moment gänzlich, das Letztere in gewisser Beziehung.

[126]) Als ein auf die Dauer angelegtes Recht kann freilich auch die Obligation erscheinen; so, wenn es sich um ein dauerndes non facere handelt.

[127]) Im vorausgesetzten Falle ruht das Recht wegen thatsächlicher Unmöglichkeit der Ausübung. Bisher ist der Ausdruck „ruhendes Recht", „ius dormiens" nur für den Fall einer in der Gesetzgebung oder auf Grund derselben angeordneten Nichtausübung (namentlich Schonzeit) gebraucht worden. Siehe z. B. die Entscheidung d. deutsch. R.-G. v. 26. Juni 1883 (in Straff. VIII, S. 404—405); Preuß. Jagdpol.-Ges. v. 7. März 1850, § 6, 7, 10.

findet. Der unmittelbare Gegenstand eines jeden dinglichen Rechtes ist eine (körperliche) Sache. In dieser Beziehung unterscheidet sich das Jagdaneignungsrecht sehr wesentlich von den dinglichen Rechten. Von einem unmittelbaren Gegenstande kann bei demselben gar nicht gesprochen werden, höchstens von einem mittelbaren Objecte [128]). Dieses ist freilich auch eine res corporalis, das Wild. Was man dagegen zuweilen als (unmittelbaren) Gegenstand unseres Rechtes bezeichnet, nämlich die in der Besitzergreifung bestehende Thätigkeit des Berechtigten, erscheint vielmehr als der Inhalt des Occupationsrechtes [129]). In dem Fehlen eines unmittelbaren Gegenstandes trifft das Jagdaneignungsrecht wieder mit den obligatorischen Rechten zusammen [130]).

Der eben durchgeführte Vergleich führt zu dem Ergebnisse, daß unser Aneignungsrecht als dingliches Recht zwar nicht bezeichnet werden könne, daß es jedoch den dinglichen Rechten näher steht, als den obligatorischen [131]).

---

[128]) Uebereinstimmend bezeichnet Kaerger, l. c. S. 171 als mittelbares Object des Jagdrechtes den Gegenstand, auf welchen die Aneignungsthätigkeit gerichtet ist.

[129]) Anders Kaerger, l. c. S. 170, der als Gegenstand des Jagdrechtes die Thätigkeit des Berechtigten betrachtet. Siehe dagegen Unger, I. §. 59.

[130]) Vgl. rücksichtlich der Forderungsrechte Unger, I. S. 499—500 und S. 543—544.

[131]) Es ist daher zwar erklärlich, aber gewiß unrichtig, wenn, ganz abgesehen von den Anhängern der Wild-Eigentums-Theorie, manche Schriftsteller das Jagdoccupationsrecht geradezu als dingliches Recht erklären. Vgl. z. B. Riccius, l. c. S. 260 oben, Schütze, l. c. S. 91 oben; richtig dagegen Schmid im Archiv f. d. civ. Pr. Bd. 44, S. 13 und 14, Brünneck, ebendas. Bd. 48, S. 104 und 105, Kaerger, l. c. S. 226. Die abgelehnte Auffassung begegnet uns zuweilen auch in der Praxis. So bezeichnet die Entsch. d. ob. G.-H. v. 10. Dec. 1861 (Sammlung Nr. 1431) das dem Jagdr. analoge Fischereirecht als „dingliches, gegen jeden Dritten wirksames" und demgemäß auch verbücherungsfähiges Recht; ebenso erklärt die Entsch. d. L.-G. u. O.-L.-G. Brünn v. 1. April 1884 (Geller's Oest. Centralbl. 1884, S. 368 und 369) das Fischereirecht als Gegenstand der Eintragung auf Grund

Insoweit es den dinglichen Rechten an die Seite gestellt werden kann, ist die Aehnlichkeit mit dem Eigentumsrechte am größten. Das Verhältnis unseres Aneinungsrechtes zum Eigentumsrechte ist das eines Vorrechtes zum Hauptrechte. Der volle Thatbestand des Eigentums liegt noch nicht vor. Diesen Gedanken bringen denn auch die Vertreter der Eigentumstheorie in einer freilich unpassenden, weil verwirrenden Weise zum Ausdruck, indem sie von einem „halben", „unvollständigen" ,einem „qualificirten" u. dgl. Eigentum sprechen. Eigentum selbst ist zwar noch nicht vorhanden, wohl aber ein demselben ähnliches Vorrecht, welches, insoweit es die Verschiedenheit beider Rechte zuläßt, nach Analogie des Eigentums zu behandeln ist. Dieser Gesichtspunkt, der sich als der wahre Kern jener falschen Theorie darstellt, tritt in den gesetzlichen Bestimmungen zu Tage, welche den Jagdberechtigten mit einem Eigentümer vergleichen [132]). Besonders fruchtbar erweist sich derselbe für die Gestaltung des Jagdschutzes, welcher den Gegenstand späterer Erörterungen bilden soll.

Das Jagdaneinungsrecht nimmt also so zu sagen eine Mittelstellung ein zwischen den dinglichen und obligatorischen Rechten, enthält jedoch mehr dingliche Elemente. Wäre nicht die Theorie vom sogen. ius ad rem, welche wohl in das preußische Landrecht, nicht aber in das österreichische Recht überging [133]), von ihren Vertretern selbst blos auf den derivativen Erwerb, nicht aber auf die Occupation angewendet worden,

---

des § 9 allg. Grundb.-Ges. Siehe auch die in Seuffert's Archiv Bd. 9 Nr. 267 cit. Entsch., welche von der „dinglichen Natur des Jagdrechtes" und der damit verknüpften „dinglichen Klage" spricht. Offenbar wird hier Dinglichkeit mit Absolutheit identificirt.

[132]) Siehe z. B. § 5 d. Pat. v. 28. Febr. 1786. Richtig auch die Entsch. d. ob. G.-H. v. 12. Mai 1857 (Sammlung Nr. 345), welche erklärt: „Der Inhaber einer Jagd . . . wird . . . bezüglich der (mit der Jagdausübung verbundenen Berechtigung und Verpflichtung dem Eigentümer gleichgestellt".

[133]) Siehe darüber Fz. Hofmann, Titulus und modus, S. 26—36 und S. 42.

so würde ein Vergleich zwischen unserem Aneignungsrechte und dem ius ad rem von nicht geringem Interesse sein. Aehnlichkeit zwischen Beiden ist unverkennbar vorhanden. Nur ist das ius ad rem ein relatives Recht, während wir es hier mit einem absoluten Rechte zu thun haben. Hier wie dort aber liegt ein Vorrecht, ein unvollkommener Thatbestand eines absoluten, dinglichen Rechtes vor. Beide Rechte sind gerichtet auf Eigentumserwerb, bei Beiden fehlt noch der Besitz zum vollen Thatbestande des Hauptrechtes [134]).

Noch muß die Frage aufgeworfen werden, ob das Jagdaneinungsrecht zu den affirmativen oder negativen Rechten, zu den sogen. bejahenden, verneinenden oder Verbotsrechten (§ 313, 351, 1459 und 1482 a. b. G.-B.) gehöre [135]). Faßt man die Ausdrücke affirmative und negative Rechte in dem in der Servitutenlehre üblichen Sinne auf, so dürfte es vor Allem feststehen, daß unser Recht zu den Letzteren zu zählen sei. Dem Rechte entspricht die negative Verbindlichkeit aller Nichtberechtigten zur Unterlassung der Occupation [136]). Ein reines negatives Recht freilich, wie es z. B. die servitus altius non tollendi ist, dürfte nicht vorliegen. Ein non facere allein scheint dem Rechte nicht zu correspondiren, vielmehr zugleich ein Dulden, pati; denn die Ausübung des Occupationsrechtes

---

[134]) Das ius ad rem wurde als relativ dingliches Recht aufgefaßt (Hofmann, Tit. u. mod. S. 26 ff.). Dies war germanische Anschauung. Stellt man sich auf diesen Standpunkt: so wird man allerdings das Jagdaneignungsrecht, wie der angestellte Vergleich zeigt, umsomehr als dingliches Recht bezeichnen dürfen. Nicht ohne Interesse ist die Wahrnehmung, daß manche ältere Schriftsteller das Jagdrecht ein „ius ad rem“ nennen; so z. B. Finsterwalder, l. c. III. (1730), welcher S. 583 erklärt: „ius autem speciale principum venandi vel capiendi illa animalia est solum aliquod ius ad rem.

[135]) Ueber die Bedeutung dieser Eintheilungen siehe Schiffner, § 30, S. 103 und 104.

[136]) Jeder Nichtberechtigte ist verpflichtet, in Ansehung des Wildes „etwas zu unterlassen, was ihm sonst zu thun freisteht“ (§ 476 a. b. G.-B.).

kann Beschränkungen fremder Rechte zur Folge haben, welche die Subjecte dieser Rechte dulden müssen. Hierher gehören Beschädigungen oder sonstige Beeinträchtigungen fremden Grundeigentums, namentlich durch Betreten (zu Jagdzwecken) u. dgl. [137]). Fragen wir weiter, ob das Jagdaneignungsrecht zu den sogen. bejahenden, verneinenden oder Verbots-(Untersagungs-) rechten im Sinne des a. b. G.-B. gehöre; so ist vor Allem klar, daß unser Recht den Letzteren beizuzählen sei, da ja diese Kategorien mit den negativen Rechten im früher bezeichneten Sinne zusammenfällt. Aber auch zu den verneinenden Rechten ist das Jagdoccupationsrecht zu zählen, da dasselbe, wie eben bemerkt wurde, Nichtberechtigte zu einem pati verpflichten kann. In früherer Zeit endlich mußte unser Recht sogar auch zu den „bejahenden" (affirmativen) Rechten gerechnet werden, da der Berechtigte befugt war, von den Bewohnern des Jagdbezirkes gewisse Dienste (Frohnen, Robote), also ein positives Leisten zu fordern [138]).

Die bisherige Untersuchung führt zu dem positiven Ergebnisse: das Jagdeignungsrecht ist ein absolutes Vermögensrecht. Darüber hinaus beschränkt sich das gewonnene Resultat lediglich auf die bloße Negative: das Jagdaneignungsrecht ist weder ein dingliches, noch ein obligatorisches Recht. Es bleibt also die Frage noch immer eine offene, ob es eine Kategorie absoluter Vermögensrechte gibt, in welche unser Recht eingefügt werden kann. Diese Frage läßt sich wohl nur in Bezug auf jene absoluten Vermögensrechte aufwerfen, die man unter dem gemeinsamen Namen „Gewerberechte" zusammenzufassen pflegt. Denn bezüglich aller übrigen bisher noch nicht genannten Arten absoluter Vermögensrechte springt die Verschiedenheit in die Augen. Zwar ist der Begriff des Gewerberechtes noch durchaus kein feststehender. Bezeichnet

---

[137]) Ueber derartige Beschränkungen überhaupt siehe Schopf, l. c. 4. Aufl., § 42, b und § 44, Z. 1, 8 und 11.

[138]) Ueber die Verhältnisse, welche in dieser Beziehung in Oesterreich bestanden, siehe Schopf, l. c. 1. Aufl. (1834), § 66 und 67.

man aber als Gewerbe „jede in einer bestimmten Richtung anhaltend fortgesetzte Thätigkeit, deren Zweck Vermögenserwerb ist" (Schmid, Archiv, S. 2 und 204) und als Gewerberechte alle jene Rechte, bei welchen der Berechtigte durch generelles Verbot in einer solchen fortgesetzten Vermögenserwerbs-Thätigkeit geschützt wird, so werden wir das Jagdaneignungsrecht allerdings in diese Kategorie von Rechten einreihen dürfen [139]. Andererseits darf freilich nicht verkannt werden, daß unser Recht von so manchen anderen zu den Gewerberechten gehörenden Rechten, selbst von den sogen. Bann- oder Zwangsrechten, sehr wesentlich verschieden ist. Die Herrenlosigkeit der zu erwerbenden Sache, zugleich aber die hieraus sich ergebende Folge, daß die den Erwerb vermittelnde Thätigkeit stets in der Besitzergreifung besteht, verleihen dem Jagdaneignungsrechte ein so eigenartiges Gepräge, daß es meines Erachtens unzulässig erscheint, dieses Recht vielen anderen sogen. Gewerberechten an die Seite zu stellen. Wegen des eben berührten, gewiß tiefgehenden Unterschiedes halte ich es für angemessener, alle jene Rechte, bei welchen das erwähnte charakteristische Merkmal zutrifft, aus der Classe der sogen. Gewerberechte auszuscheiden und denselben als ausschließliche Aneignungsrechte eine selbständige Stelle unter den absoluten Vermögensrechten einzuräumen [140].

Um für den eben gemachten Versuch, die Stellung des Jagdaneignungsrechtes im System der Rechte zu bestimmen, eine feste Basis zu gewinnen, erübrigt uns, einem namentlich durch Thon angeregten Bedenken zu begegnen. Haben wir es denn hier wirklich mit einem Rechte im technischen Sinne zu thun? So lautet die Frage, welche insbesondere im Hinblick

---

[139]) So auch Schmid im Archiv f. d. civ. Pr., Bd 44, S. 207. Freilich dürften nicht alle von ihm dahin gestellten Rechte als Gewerberechte zu bezeichnen sein, namentlich nicht das lit. und art. Urheberrecht (S. 186 ff.); siehe auch Kaerger, l. c. S. 24.

[140]) Auch Kaerger, l. c. weist diesen Rechten eine selbständige Stellung im Systeme an.

auf die Ausführungen von Thon l. c. Abschn. VII. S. 336 und 337 u. A. aufgeworfen werden muß. Derselbe erblickt in der Occupationsberechtigung kein subjectives Recht, sondern lediglich eine Befugnis, das ist ein „rechtliches Können", „eine rechtliche Macht" in dem von ihm bezeichneten Sinne (S. 338—342). Vom positivrechtlichen Standpunkte aus kann diese Controverse nicht entschieden werden, zumal die Gesetzgebung einer genau fixirten Terminologie gänzlich entbehrt [141]).

Vor Allem darf eine Unterscheidung nicht außer Acht gelassen werden.

Drei Fälle sind denkbar. Der eine Fall ist: die Befugnis zur Occupation einer herrenlosen Sache steht Jedermann zu; Jeder ist fähig, durch Occupation das Eigentum dieser Sache zu erwerben. Jeder „darf" und „kann" zugleich. In solchem Falle entscheidet die Prävention. Derjenige wird Eigentümer, der zuerst occupirt; res nullius cedit primo occupanti. Dieser Fall ist nach österreichischem Rechte beim Vogelfang im engeren Sinne und ganz allgemein beim Thierfang auf herrenlosem Grunde vorhanden. Es unterliegt keinem Zweifel, daß wir es hier mit einem Rechte im technischen Sinne nicht zu thun haben, sondern blos mit einer Jedermann gesetzlich zuerkannten Fähigkeit zum Rechtserwerb, also mit einer Befugnis im Sinne Thon's. Die Richtigkeit dieser Auffassung wird von der heutigen Wissenschaft nicht mehr bezweifelt. Die in die österreichische Gesetzgebung übergegangene naturrechtliche Theorie der sogenannten angeborenen oder Urrechte, zu welchen man das ius occupandi zählte, darf als eine überwundene Doctrin bezeichnet werden [142]). Gewiß ist es richtig, wenn Thon

---

[141]) Die Ausdrücke „Befugniß" und „Recht" werden abwechselnd gebraucht, ohne daß mit der Verschiedenheit des Ausdruckes eine begriffliche Verschiedenheit verknüpft würde. Siehe z. B. einerseits § 1 und 17, andererseits § 4, 12 und 13 d. Pat. v. 28. Febr. 1786. Dasselbe gilt von den im bunten Wechsel wiederkehrenden Ausdrücken „Freiheit", „erlaubt", „gestattet", „dürfen" u. dgl.

[142]) Ueber diese Theorie in ihrer Beziehung zum öst. R. siehe

(S. 336—338) behauptet, daß kein Gebot, noch Verbot die Occupation schütze, daß von einem „privatrechtlichen Anspruche" keine Rede sein könne [143]).

Im Wesentlichen das Gleiche muß in dem anderen möglichen Falle gelten, wenn die Rechtsordnung die Occupation selbst zwar Jedem gestattet, aber die Fähigkeit, durch Occupation Eigentum zu erwerben, nicht Jedem Rechtsfähigen zuerkennt, sondern an bestimmte Voraussetzungen knüpft, also z. B. nur dem Grundeigentümer ertheilt. Ein Jeder darf occupiren, aber „das rechtliche Können", „die Befugnis", kömmt nur bestimmten Personen zu. Dieser Fall ist nach österreichischem Rechte, wie bereits an früherem Orte (S. 65 u. 66) bemerkt wurde, (regelmäßig) bei den jagdbaren Raubthieren vorhanden. Von einem Verbietungsrechte des ausschließlich Befugten, von einem Anspruche, kann hier gleichfalls keine Rede sein [144]). Freilich darf ein wichtiger Unterschied nicht übersehen werden. Im erstgenannten Falle ist der primus occupans Eigentümer geworden. Die Möglichkeit der Occupation hat hiemit für alle Anderen aufgehört. Ein Gleiches gilt im zweitgedachten Falle nur dann, wenn Derjenige occupirt, dem neben dem „Dürfen" auch das „Können" zusteht. Hat dagegen eine Person occupirt, welche nur „darf", aber nicht „kann", so hat für alle Uebrigen, da ja die Sache noch herrenlos bleibt, das Occupirendürfen an sich noch nicht aufgehört. Eine andere Frage ist freilich die, ob nicht vielleicht nun die durch den Besitz gesetzte Schranke für alle Anderen und insbesondere für den ausschließlich Befugten eine

---

z. B. Unger, I. § 60, insbes. S. 507, Anm. 9 und S. 523 Anm. 51. Siehe auch Schmid im Archiv, Bd. 44, § 3 und 4, und Leonhard, Beitrag zu der allg. Civilrechtslehre, in Grünhut's Zeitschrift, Bd. 10 (1883), S. 20 ff.

[143]) Diesen Gedanken bringt auch d. W. G. G. B. II. § 2 zum Ausdruck, indem es erklärt, eine Sache, worauf Niemand ein ausschließliches Recht hat, sei allen Menschen „gemein", d. h. Jeder hat die Befugniß zur Occupation.

[144]) Vgl. auch Bierling, Kritik der jurist. Grundbegriffe, II. (1883), S. 52—54 und S. 325—326.

unübersteigbare sei? Jedenfalls kann Derjenige, der die Sache im Besitze hat, dieselbe ersitzen. Die Stellung Dritter aber zu dem vorhandenen Besitze wird sich verschieden gestalten, je nachdem es sich um Jenen handelt, dem neben dem „Dürfen" auch das „rechtliche Können" zusteht, oder um alle Anderen. So viel unterliegt keinem Zweifel, daß Ersterer Eigentümer der Sache wird selbst dann, wenn er entgegen dem Willen des Besitzers den Besitz der Sache ergreift. Wohl wird der frühere Besitzer in der Lage sein, die Besitzentsetzungsklage mit Erfolg anzustellen. Nicht weniger sicher aber ist, daß der nunmehrige Eigentümer mit der Eigentumsklage durchdringt. Wem aber blos das „Dürfen" zukömmt, dem nützt die gegen den Willen des Besitzers vorgenommene Occupation nichts; er kann durch das Interdict zur Herausgabe der Sache gezwungen werden. Derjenige also, dem das ausschließliche „rechtliche Können" zusteht, ist allerdings in der Lage, das Eigentum der von einem Dritten occupirten Sache durch Besitzergreifung zu erwerben. Gelingt aber diese nicht, so ermöglicht kein Rechtsmittel die Occupation oder die Herausgabe. Von einem „Anspruche" auf Occupation kann keine Rede sein. Das Recht begnügt sich damit, dem ausschließlich Befugten den Erfolg der von ihm vorgenommenen Besitzergreifung, nicht aber diese selbst zu sichern. Ein Recht im technischen Sinne liegt somit auch in diesem zweiten Falle nicht vor; das entscheidende Kriterium, der Anspruch, fehlt. Anders wäre der Sachverhalt dann, wenn die Rechtsordnung etwa nur folgende Bestimmung träfe: Jeder „darf" occupiren; nur der Grundeigentümer „kann" durch Occupation Eigentum erwerben. Occupirt aber ein Dritter, so ist derselbe verpflichtet, die Aneignung seitens des Grundeigentümers zu gestatten. Hier findet eine Steigerung des bloßen Occupiren-Dürfens zu einem Occupations-Anspruch statt. Der Rechtsschutz tritt auf in der Form des Zwanges zur Duldung, zur Gestattung der Occupation. Erst jetzt ist Rechtsverletzung möglich, welche vorhanden ist, wenn sich der dritte Occupant der Aneignung durch den Grundeigentümer widersetzt. Die Occupation des Dritten dagegen

schloß noch keine Rechtsverletzung in sich. Die Rechtsordnung kann ein Interesse daran haben, die Occupation einer res nullius Jedermann zu gestatten, zugleich aber das Eigentum an dieser Sache bestimmten Personen zu sichern. In der zuletzt dargelegten Gestaltung wird beiden Postulaten in entsprechender Weise Rechnung getragen. Ein Fall solcher Art liegt nach österreichischem Rechte, wie weiter unten gezeigt werden wird, bei Raubthieren vor.

Der dritte denkbare Fall läßt sich folgendermaßen charakterisiren. Die Rechtsordnung bestimmt: der Grundeigentümer allein „darf" occupiren. Hand in Hand mit diesem Dürfen, geht also ein Verbietungsrecht gegen jeden Dritten; oder was dasselbe ist, wir haben es mit einem ausschließlichen Dürfen, mit einer Ausschließungsbefugnis gegenüber allen Anderen zu thun. Dieser Fall trifft bei unserem Aneignungsrechte zu. Wenn Thon das Wesen des subjectiven Rechtes in dem durch die Gebote und Verbote der Rechtsgemeinschaft dem Einzelnen gewährten Schutz und dem zur Realisirung der Imperative dem Geschützten gegebenen Rechtsmittel findet; wenn er insbesondere das Wesen des Eigentumsrechtes in der Gesammtheit der zu Gunsten des Eigentümers ergehenden, die Unantastbarkeit der Sache aussprechenden Verbote und der zu ihrer Erzwingung dem Eigentümer gewährten Ansprüche erblickt: so läßt sich wahrlich nicht einsehen, weshalb unser ausschließliches Aneignungsrecht nicht auch Recht im technischen Sinne sein sollte. Der Satz „kein Verbot schützt die Occupation einer herrenlosen Sache" (Thon, S. 336), dürfte im letztgedachten Falle kaum wirksam vertheidigt werden können. Auch läßt sich schwer einsehen, wie diese Behauptung mit der Bemerkung (S. 337, Anm. 19) sich vereinigen läßt, es verhalte sich ebenso, wenn „die Occupationsberechtigung" nur gewissen „Jagdberechtigten" beigelegt wird, da solchenfalls „nur die Occupation allen Dritten verboten sei." In Wahrheit haben wir es bei unserem Aneignungsrechte mit einer durch generelles Verbot geschützten auf Eigentumserwerb gerichteten Thätigkeit einer bestimmten Person zu thun. Dem „Dürfen" des Grundeigentümers

entspricht hier eine Pflicht aller Uebrigen und hiemit ist der Rechtsanspruch von selbst gegeben[145]). Durch Verletzung seines Rechtes wird der Berechtigte, um mit Thon zu sprechen, in den Schutz neuer Normen gestellt. Es tritt Erfüllungs- oder Entschädigungszwang ein. Wie sich dieser Letztere gestaltet, soll in dem folgenden Theile unserer Abhandlung erörtert werden. Es möge jedoch schon hier die Bemerkung eine Stelle finden, daß jene Gestaltung neben Anderem wesentlich davon abhängt, ob Hand in Hand mit jenem ausschließlichen „Dürfen" auch ein ausschließliches „rechtliches Können" geht oder nicht; ob also blos der Berechtigte oder auch der unbefugte Occupant durch die Besitzergreifung Eigentümer wird.

Als Beleg für die behauptete Rechtsnatur unseres Aneignungsrechtes mag endlich auf die Vererblichkeit und die heutzutage freilich meist nur beschränkte Uebertragbarkeit jenes Rechtes hingewiesen werden, Momente, welche dasselbe zum Gegenstande des privatrechtlichen Verkehres machen[146]).

So erscheint denn unser Aneignungsrecht nach allen Seiten hin als Recht im technischen Sinne. Dem Berechtigten soll das künftige Eigentum am Wilde gesichert werden; und diese Sicherung geschieht durch generelles Verbot in der Form des erörterten „Vorrechtes." In diesem sowohl vom W. G. G.-B. II. § 108, als vom a. b. G.-B. § 382 gebrauchten Worte, sowie in der Terminologie des W. G. G.-B., welche zwischen „anspruchlosen" und „anspruchigen" (herrenlosen) Sachen unterscheidet, findet die dargelegte Auffassung des Jagdaneignungsrechtes einen zwar kurzen, aber prägnanten Ausdruck.

---

[145]) Siehe Bierling, l. c. II. S. 73 und S. 325 und 326.

[146]) Vgl. auch Schmid im Archiv, Bd. 44, S. 7, Z. 2 und S. 18, Z. 3. Die Vererblichkeit des Jagdaneignungsrechtes wird ausdrücklich anerkannt in der Entsch. d. öst. Verw.-G.-H. v. 27. Dec. 1877, Z. 1759, (Budwinski, Erkenntnisse, Jg. I. 1876/77, Nr. 180).

2. Das Jagdrecht als ausschließliches Hegerecht.

Die bisherige das Jagdaneignungsrecht betreffende Untersuchung ließ die Frage unbeantwortet: bildet denn jenes ausschließliche Occupationsrecht den einzigen Inhalt des Jagdrechtes, so daß also Letzterer durch jenes Recht gedeckt, erschöpft erscheint? Nicht selten begegnen wir der bejahenden Beantwortung dieser Frage. Auf solchem Standpunkte steht namentlich die ältere Doktrin. Diese Erscheinung findet ihre Erklärung in dem Umstande, daß man, wenn vom Jagdrechte die Rede war, meist nur an das römische Recht und daher blos an das Jagen, an die Occupation, dachte [147]). Uebrigens identificiren selbst neuere Schriftsteller das Jagdrecht mit ausschließliches Occupationsrecht wilder (jagdbarer) Thiere [148]), eine Anschauung, welche zuweilen auch in der Gesetzgebung und in gerichtlichen Entscheidungen zu

---

[147]) Siehe z. B. Harpprecht, II. (1628), S. 78: „venatio est ius seu facultas libera occupandarum animantium ferarum . . .;“ Beckmann, Idea jur. statutarii et consuet. stir. et austr., Graecii, 1688, S. 520: „Venatio est occupatio animalium ferarum . . .“; Riccius, l. c. S. 1; Klüber, Oeffentl. R. d. deutsch. Bds., 3. Aufl., § 453 („Befugniß, jagdbare wilde Thiere aufzusuchen und sich anzueignen“); Höpfner, Commentar, 7. Aufl., 1803, S. 311, § 299 („das Jagen ist eine Occupation wilder Thiere“); Gesterding, l. c. § 14.

[148]) Siehe z. B. Reyscher, Würtemb. Privatr. I. (2. Aufl.), S. 474 („Befugnis, wilde herrenlose Thiere zu fangen und zu erlegen“); Seibertz, l. c. S. 172; Sell, Dingl. Rechte, I., 2. Aufl. (1852), S. 82; Schmidt, Vorlesungen über sächs. Privatr. I., (1869), S. 183 („jus venandi = ein ausschließendes . . . . Occup.-R . . . .“). Werenberg in den Jahrb. f. d. Dogm. d. R., Bd. VI, S. 76 und 77; selbst Brunner, im Rechtslexikon l. c.; Gengler, Deutsch. Privatr., 3. Aufl., S. 306; Dernburg, Preuß. Privatr., I. S. 485 („Jagdr., d. h. das ausschl. Recht d. Occup. von jagdbaren Thieren innerhalb eines gewissen Raumgebiets“); Schopf, l. c. 4. Aufl., S. 1 und 7 (siehe dagegen § 42 u. 49); Wagner, Preuß. Jagdgesetzg. § 1; Kaerger, l. c. S. 15 („Recht d. ausschl. Aneignung der auf einem bestimmten Territorium befindl. wild lebenden Thiere“); vgl. auch Hälschner, Gem. deutsch. Strafr. II. (1884) S. 340.

Tage tritt [149]). Diese Auffassung, welche übrigens zahlreiche Gegner gefunden hat [150]), dürfte kaum als stichhältig sich erweisen. Allerdings ist es richtig, daß beim Jagdrechte, wie schon das Wort „Jagd", („Thierfang", a. b. G. B. § 383) u. dgl. besagt, das Hauptgewicht auf die ausschließliche Occupationsbefugnis fällt; allein damit ist der Inhalt des Jagdrechtes nicht erschöpft. Der Occupationsberechtigung steht das Hegerecht als selbständige Berechtigung zur Seite. Beide zusammen machen das Jagdrecht aus. Unter Hegerecht aber verstehe ich die ausschließliche Befugnis zur Vornahme aller über die bloße Unterlassung der Occupation hinausgehenden Acte, welche die Heranziehung eines zahlreichen und kräftigen Wildstandes bezwecken. Diese Begriffsbestimmung bedarf einiger erläuternder Bemerkungen.

Zuweilen versteht man unter Hege bloß das Gegenstück,

---

[149]) So definirt z. B. das Preuß. L.-R. II. 16, § 30 das Jagdr. als „Das Recht, jagdbare wilde Thiere aufzusuchen und sich zuzueignen"· siehe auch I. 9 § 127 und bezügl. des Fischereirechtes I. 9, § 170; dennoch ist vom Hegerecht die Rede in I. 9, § 144. Von Entscheidungen, welche diese Auffassung vertreten, seien beispielsweise cit.: Erkenntniß d. preuß. Ob.-Trib. v. 7. Oct. 1875 u. v. 1. Oct. 1875 (Goltdammer's Archiv, Bd. 23, S. 545 u. 546); Erkenntniß d. preuß. Ob.-Trib. v. 26. Nov. 1877 (ebendas. Bd. 25, S. 561—563); auch die Entsch. d. (deutsch.) Reichsger. v. 22. Febr. 1883 (in Straff. VIII. S. 74 oben).

[150]) Siehe z. B. Bluntschli, Deutsch. Privatr., 2. Aufl.. S. 242; Walter, System des gem. deutsch. Privatr. (1855), S. 202 § 183; Salza in Weiske's Rechtslexikon, V. S. 420; Emminghaus in Ersch und Gruber's Encyclop., Thl. 14, S. 101; Schütze, l. c. S. 91; insbes. aber Gerber, l. c. (12. Aufl.), S. 255—257, dem sich Schmid im Archiv, Bd. 44, S. 207 anschließt. Auch Brünneck in Gruchot's Beiträgen, N. F. I. (1872), S. 186 erklärt, daß das Jagdr. durchaus nicht identisch sei mit einem ausschl. Occupationsrechte; ganz allgemein E. J. Bekker in der Nachschrift zu Schütze's Aufsatz. Selbst Jene, welche das Jagdr. als ausschließl. Wildaneignungsrecht definiren, können sich häufig der richtigen Ansicht nicht verschließen; siehe z. B. Schopf, 4 Aufl. einerseits § 9, andererseits § 42, 43 und § 49

die bloße Negative der Occupation. Der Jagdberechtigte hegt, wenn er nicht occupirt; in der Unterlassung der Tödtung liegt die Ausübung des Hegerechtes. Nichtoccupation und Hege wären hienach identische Begriffe. In diesem Sinne gibt es ein Hegerecht nicht. Der Occupationsberechtigte ist vermöge seines Rechtes befugt, dasselbe auszuüben oder nicht, d. h. die Occupation vorzunehmen oder nicht. Die bloße Unterlassung der Ausübung eines Rechtes läßt sich offenbar als selbständiges, eigentümlich geartetes Recht nicht construiren. An dieser Auffassung wird auch durch den Umstand nichts geändert, daß kraft gesetzlicher oder behördlicher Anordnung während einer bestimmten Zeit, sogen. Hege- oder Schonzeit [151]), eine Verpflichtung des Jagdberechtigten zur Unterlassung der Occupation eintreten kann. In solchem Falle ist lediglich eine aus volkswirtschaftlichen Gründen normirte Beschränkung des Occupationsrechtes vorhanden. Auch darin liegt nichts Eigentümliches, daß der Jagdberechtigte unter Umständen zur Ausübung seines Aneignungsrechtes gezwungen werden kann [152]).

---

[151]) Solche Hege- oder Schonzeiten, auch geschlossene Zeiten im Gegensatze zur sogen. „offenen" oder „jagdmäßigen" Zeit (M.-V. v. 15. Dec. 1852 § 4) sind in Oesterreich wie in Deutschland durch eine große Anzahl von Gesetzen (in Oesterreich für jedes Kronland) festgesetzt. Eine Zusammenstellung der öst. Gesetze siehe in Exterde's Sammlung; die deutschen Wildschongesetze sind kurz citirt in Neubauer l. c. S. 86 ff. Ueber das preuß. Recht siehe insbesondere Dalcke, l. c. S 36—62 und Wagner, Preuß. Jagdgesetzgebung, S. 62—70. Solche Schonzeiten reichen sehr weit zurück; siehe z. B. Riccius, l. c. S. 398 ff. Ueber das frühere öst. Recht vgl. Schopf, Aufl. von 1834, § 101 und 4. Aufl. § 49 und 123. Ueber das französ. Recht siehe Leblond, l. c. I. S. 52 ff. — Auch das Fischereirecht wird heutzutage durch solche Schonzeiten beschränkt. Die deutschen Fisch-Schongesetze sind in Neubauer, l. c. S. 103 ff. kurz angeführt.

[152]) Hierher gehört die in vielen Jagdgesetzen und namentlich in fast allen Wildschongesetzen ausgesprochene Verpflichtung zur Occupation bei übermäßigem Wildstande, welche sogar in den Schonzeiten eintreten kann. Dieses Princip findet sich bereits in § 11 des Pat. von 1786 und tritt uns in den späteren öst., sowie in den deutsch.

Die Verpflichtung zur Ausübung eines Rechtes kann nicht als Beschränkung eines besonderen in der Nichtausübung bestehenden Rechtes gedacht werden. Und so wäre es denn auch verfehlt, die Verpflichtung zur Ausübung des Jagdoccupationsrechtes aufzufassen als Beschränkung eines besonderen in der Unterlassung der Occupation bestehenden Hegerechtes. Im Hinblick auf das Bemerkte kann nur die Befugnis zur Vornahme der über die bloße Unterlassung der Occupation hinausgehenden Acte, welche die Heranziehung eines zahlreichen und kräftigen Wildstandes bezwecken, einen vom Aneignungsrechte verschiedenen Bestandtheil des Jagdrechtes bilden.

Das ausschließliche Recht zu dieser Thätigkeit läßt sich gewiß passend als Hegerecht bezeichnen. Wesentlich ist für die Eigenschaft einer Handlung als Hegeact, daß dieselbe zunächst dem hervorgehobenen Zwecke diene. Der Unterschied zwischen Aneignungs- und Hegerecht liegt daher vor Allem in der Verschiedenheit des unmittelbaren Rechtszweckes. Das Aneignungsrecht ist direct auf Eigentumserwerb gerichtet [153]). Der nächste Zweck des Hegerechtes dagegen besteht in der Erhaltung, Vermehrung und Kräftigung des Wildstandes. Mittelbar erscheint die Hege gleichfalls als eine auf Eigentumserwerb gerichtete

---

Jagdgesetzen sehr häufig entgegen. Siehe auch Schopf, 4. Aufl., § 69—71; über das preuß. Recht vgl. Wagner, Preuß. Jagdgesetzgebung, S. 53—57. Unter den erwähnten Gesichtspunkt fällt auch die in manchen Gesetzen ausgesprochene Verpflichtung zur Occupation der Raubthiere und zur Verfolgung des außerhalb eines Thiergartens befindlichen Schwarzwildes; darüber Schopf, 4. Aufl. § 72, 94—96; vgl. außerdem § 7 d. M. V. v. 15. Dec. 1852, d. Salzb. Statth.-Erl. v. 25. Dec. 1852, (L. G. Bl. Nr. 447, Z. 3), Kroat. Jagdg. v. 1870, § 17.

[153]) Denkbar ist freilich auch, daß die Occupation zugleich als Hegeact in Betracht kömmt, z. B. Vernichtung des Raubwildes zur Erhaltung und Vermehrung des Nutzwildes. Allein objectiv stellt sich die Occupation doch immer als Eigentumserwerbsact dar, so daß man allerdings berechtigt ist, beim Occupationsrechte auf dieses Moment das Hauptgewicht zu legen.

Thätigkeit, indem dieselbe die Vorbedingung schafft für die Erzielung eines größtmöglichen Jagdertrages. Insoferne dienen Beide, Aneignungs- und Hegerecht, einem und demselben Zwecke. Nur ist das Erstere unmittelbar, das Letztere bloß mittelbar auf dessen Erreichung gerichtet. Auch darf nicht übersehen werden, daß diese Tendenz beim Hegerechte gar nicht wesentlich ist. Die Aneignung stellt sich als ein Act dar, welcher schon objectiv, an sich, als eine auf Eigentumserwerb abzielende Thätigkeit erscheint. Nicht so die Hegethätigkeit. Kann es sich ja doch leicht ereignen, daß der Jagdberechtigte beim Heranziehen eines zahlreichen, kräftigen Wildstandes durchaus nicht an die Erzielung eines großen Jagdertrages denkt, sondern daß andere als Vermögensinteressen die Hege veranlassen. Mag ein solcher Fall vielleicht auch selten vorkommen, so ändert doch dieser Umstand an unserer Auffassung nichts. Wir können also sagen: der Eigentumserwerb ist bei der Occupation der in der Handlung selbst gelegene, notwendig mit ihr verbundene Zweck, während derselbe bei der Hegetätigkeit nur regelmäßig vorliegt, nicht aber notwendig in ihr enthalten ist.

Die Selbständigkeit des Hegerechtes zeigt sich weiter in der Thatsache, daß die Occupationsberechtigung ruhen kann (Schonzeit), während das Hegerecht in voller Wirksamkeit fortdauert. Würde der Inhalt des Jagdrechtes durch das Aneignungsrecht erschöpft, so müßte das Jagdrecht während der Schonzeit gänzlich ruhen. Selbst dann, wenn, wie bei übermäßigem Anwachse des Wildstandes, das Occupationsrecht zur Pflicht geworden ist, bleibt das Hegerecht in dem hier erörterten Sinne in Wirksamkeit. So ist der Jagdberechtigte z. B. immer noch befugt, Sulzen und Heuschupfen zu errichten u. dgl. Während außerdem das Occupationsrecht dem Bemerkten gemäß zur Pflicht sich gestalten kann, ist solches beim Hegerecht niemals der Fall. In allen diesen Beziehungen tritt die Verschiedenheit der beiden den Inhalt des Jagdrechtes bildenden Berechtigungen hervor.

Die Geschichte des Jagdrechtes bestätigt die eben dargelegte Auffassung, welche dasselbe auf das Occupationsrecht nicht be-

schränkt, vielmehr ein von Letzterem verschiedenes Hegerecht anerkennt. Von Alters her tritt uns ein solches Recht als ein Complex eigenartiger Befugnisse, deren Umfang im Laufe der Zeit häufig wechselt, entgegen [154]), und es ist dasselbe auch in der modernen Gesetzgebung zur Geltung gelangt. Besonders scharf ausgeprägt erscheint die Selbständigkeit des Hegerechtes in jenen Gesetzen, welche Legaldefinitionen des Jagdrechtes enthalten oder doch ohne die Form einer Definition die einzelnen in demselben gelegenen Befugnisse aufzählen. Sehr häufig gibt dann die Ausdrucksweise zu erkennen, daß man durch das Occupations- und Hegerecht den Inhalt des Jagdrechtes als erschöpft betrachte. Als Belege sind, was das öst. Recht betrifft, insbesondere zu nennen: § 1 des Pat. v. 28. Febr. 1786 (siehe auch § 2 und 11); Min.-Erl. v. 15. Dec. 1852, Z. 5681, § 1, 2 u. 10; Statth.-Erl. f. Kärnten v. 5. Jänn. 1853, L.-G.-Bl. Nr. 3, II. Abth. Z. 1; oberöst. Statth.-Erl. v. 28. Dec. 1852, Z. 18419, L.-G.-Bl. Abth. II., Nr. 1 ex 1853, Z. 1 u. 8; Salzburg. Statth.-Erl. v. 25. Dec. 1852, L.-G.-Bl. Nr. 447, Z. 1 u. 6; Steierm. Statth.-Erl. v. 28. Jänn. 1853, L.-G.-Bl. II. Nr. 28, Z. 1 u. 7; außerdem namentlich § 2 des kroat. Jagdges. v. 5. Jänn. u. ungar. Jagdges. v. 19. Jänn. 1872 § 7. Auch auf die in fast allen Wildschongesetzen wiederkehrende Bestimmung ist hinzuweisen, welche bei übermäßig gehegtem Wilde dessen Verminderung anordnet. Endlich muß des analogen Fischereirechtes gedacht werden, bezüglich dessen der Motivenbericht zum öst. Reichsfischereigesetzentwurf von 1874 (Beil. 245 zu d. sten. Prot. des A.-H., Sess. VIII, Bd. III, S. 13) bemerkt: „Im Begriffe Fischerei liegen die beiden vereinten

---

[154]) Das Hegerecht war in früherer Zeit ein viel ausgedehnteres als heutzutage; vgl. z. B. Wagner, Das Jagdwesen in Württemberg, 1876, S. 282 ff.; auch Peyrer, in Haimerl's Oest. V.-J.-Schr., Bd. XII, S. 3 und 4. Die Weisthümer gebrauchen, wo vom Jagdr. die Rede ist, sehr häufig die Ausdrücke „hagen und jagen" nebeneinander; siehe Grimm, Weisthümer, z. B. Bd. V, S. 520, § 9, S. 591, § 2, S. 640, § 5, S. 660, § 1; Bd. VI, S. 418, § 26.

Zweige menschlicher Thätigkeit, „Fischzucht und Fischfang"; (siehe auch § 1 des Entwurfs).

Es erübrigt uns noch die Frage nach der Natur des Jagdhegerechtes. Diese trifft in mancher Richtung mit der Natur des Jagdoccupationsrechtes zusammen. Auch hier haben wir es mit einer auf herrenlose Sachen sich beziehenden Thätigkeit zu thun, in deren Vornahme der Berechtigte durch generelles Verbot geschützt wird. Das Moment der Ausschließlichkeit, welches dem Hege-, wie dem Aneignungsrechte den Charakter eines Rechtes im technischen Sinne verleiht, tritt auch hier in den Vordergrund. Der Berechtigte allein darf die auf Erhaltung, Vermehrung und Verbesserung des Wildstandes abzielenden Acte vornehmen, kann also dieselben jedem Dritten untersagen [155]). Ein Nichtberechtigter, der solche Acte setzt, wäre lediglich als negotiorum gestor zu behandeln [156]). Aber auch alle jene Handlungen Dritter, welche die Hege erschweren oder deren Erfolg vereiteln, erscheinen als Verletzung des Hegerechtes und unterliegen somit dem Verbotsrechte des Jagdberechtigten [157]). Auch

---

[155]) Z. B. Anlegen von Fütterungs- und Schutzanstalten; Tödtung fremder Hunde und Katzen; Ausnehmen von Eiern zu Hegezwecken; Einsetzen von Fasanen u. dgl.

[156]) Dieser Standpunkt findet sich vertreten in der Entsch. des bair. Ob. A. G. v. 19. Mai 1874 (citirt in Feßmann, Die Jagdgesetze für das Königr. Bayern, (1874), S. 97—98).

[157]) Die Verletzung des Hegerechtes kann somit eine doppelte Gestalt annehmen. Sie erfolgt entweder durch Vornahme der dem Berechtigten allein vorbehaltenen Hegeacte oder durch jedes Verhalten, welche eine Störung der Hege oder eine Beeinträchtigung ihres Erfolges in sich schließt. Was diese letztere Form der Verletzung betrifft; so dürften Folgende auf das öst. Recht Bezug nehmenden Bemerkungen nicht überflüssig sein. Es gilt der allgemeine Grundsatz: kein Dritter darf das Wild an seiner Fortpflanzung hindern (Schopf, 4. Aufl., § 39, 46 und 81). Unter dieses Princip fällt insbesondere das Verbot, die Eier des Federwildes hinwegzunehmen oder die Beschädigung der für das Letztere eigens bestimmten Brutstätten, die Störung des Berechtigten in der Errichtung einer Fasanerie u. dgl. Theils unter diesen, theils unter den Gesichtspunkt der Erhaltung des Wildstandes im Jagd-

das Hegerecht ist dem Gesagten gemäß ein absolutes Vermögensrecht, welches im Hinblick auf die oben gegebene

---

reviere, ist die jedem Dritten obliegende Pflicht einzureihen, das Vertreiben oder Verscheuchen des Wildes, den Fall der Notwehr ausgenommen, zu unterlassen (Schopf, 4. Aufl. § 39, 46 und 81). Hierher gehört auch die namentlich in älteren Jagd- und Forstgesetzen und noch in § 10 des Jagdpat. von 1786 angeordnete örtliche und zeitliche Beschränkung des Holzklaubens u. dgl. (in früherer Zeit auch des Holzfällens) in Waldungen, (Schopf, 4. Aufl., § 39). Als eine Folge der Verpflichtung, Alles hintanzuhalten, was eine Versprengung des Wildes nach sich ziehen kann, erscheint ferner die Befugniß des Jagdberechtigten, fremde in seinem Reviere betretene Hunde und Katzen unter bestimmten Voraussetzungen zu tödten; siehe z. B. § 20 d. M. V. v. 15 Dec. 1852 und § 40 des böhm. Jagdges. v. 1866; Schopf, 4. Aufl. § 80 und 84. Derartige Bestimmungen sind übrigens auch den deutsch. Jagdgesetzen eigen; vgl. z. B. über das preuß. Recht. Wagner, Preuß. Jagdgesetzgeb., S. 72—76. Eine unter den erwähnten Gesichtspunkt fallende Verletzung des Hegerechtes liegt auch dann vor, wenn ein Dritter die ihm selbst unnützen, dem Wilde nöthigen Erzeugnisse von Grund und Boden dem Wilde entzieht (Schopf, 4. Aufl. § 39). Eine weitere in diesen Zusammenhang gehörende Verpflichtung jedes Nichtberechtigten besteht in der Unterlassung alles Dessen, was im Falle einer Ueberschwemmung der Rettung des Wildes hinderlich sein kann. Insbesondere sind in Zäunen, Planken u. dgl. Durchlässe oder Thore zu machen, (Schopf, 4. Aufl. § 40). Auf die Erhaltung des Wildes bezieht sich außerdem das an jeden Dritten ergehende Verbot, gespitzte Zäune, Pfähle u. dgl. anzubringen, wodurch sich das Wild im Sprunge spießen könnte, (Schopf, 4. Aufl. § 40 und 81). Vornehmlich dem Zwecke der Kräftigung des Wildstandes dienen die vom Jagdberechtigten errichteten Fütterungs- und Schutzanstalten, z. B. Sulzen (Salzlecken), Heuschupfen u. dgl. (Schopf, 4. Aufl. § 39, 42 und 44). Die Beschädigung oder Zerstörung solcher Anstalten stellt sich somit als Verletzung des Hegerechtes dar. — Mit Letzterem hängt endlich die Befugniß des Jagdberechtigten zusammen, das Wild zu beaufsichtigen, zu beobachten und zu diesem Zwecke oder zum Schutze des Wildes fremden Grund zu betreten, (Schopf, 4. Aufl. § 44, Z. 1). Jede Beeinträchtigung dieses Aufsichts- und Schutzrechtes stellt sich daher gleichfalls als Verletzung des Hegerechtes dar. Die Natur der Sache bringt es mit sich, daß manche der erwähnten als Verletzung des Hegerechtes bezeichneten Acte zugleich als Eingriff in das Occupa-

Begriffsbestimmung von Gewerbe und Gewerberecht immerhin der Kategorie der absoluten Gewerberechte beigezählt werden kann [158]). Allein man wird aus den bei Erörterung des Jagdaneignungsrechtes angeführten Gründen besser thun, auch das Jagdhegerecht aus dieser Classe von Rechten auszuscheiden. Der Umstand, daß, wie dargelegt wurde, die Hegethätigkeit unmittelbar gar nicht und mittelbar nicht notwendig als Eigentumserwerbstätigkeit sich darstellt, während die Occupation schon an sich als Eigentumserwerbsact erscheint, rechtfertigt eine solche Ausscheidung gewiß in noch höherem Maße als beim Jagdaneignungsrechte.

In Folge der eben betonten Verschiedenheit ist das Hegerecht von den dinglichen Rechten weiter entfernt als das Aneignungsrecht. Andererseits kömmt aber das Hegerecht den dinglichen Rechten offenbar viel näher als den obligatorischen, weil dasselbe absoluter Natur ist und notwendig eine auf Sachen gerichtete Thätigkeit geschützt wird.

Was die Einreihung des Hegerechtes in die sonstigen gangbaren Eintheilungen der Rechte betrifft, so mag nur bemerkt werden, daß dasselbe weder blos zu den negativen Rechten (den Verbots- und Untersagungsrechten des § 313 a. b. G.-B.)

---

tionsrecht in Betracht kommen können, so z. B. das Verscheuchen des Wildes, dessen Gefährdung durch fremde Hunde, die Erschwerung oder Hinderung der Beobachtung des Wildes. Dieser Doppelcharacter eines und desselben Actes ist jedoch practisch gleichgiltig. Einige der erwähnten Beeinträchtigungen sind übrigens nicht immer rechtswidrig, z. B. das Verscheuchen, Vertreiben des Wildes. Insbesondere hat das Interesse des Jagdberechtigten den Interessen der Cultur und fremdem Eigentume häufig ganz oder theilweise zu weichen, (§ 16 des Pat. v. 1786 und § 18 d. M. V. v. 15. Dec. 1852). In Vorstehendem sind also nur jene Acte angegeben worden, welche eine Verletzung des Hegerechtes in sich schließen können, nicht aber sämmtlich auch eine solche enthalten müssen.

[158]) So auch Gerber, l. c. (12. Aufl.), S. 257, welcher findet, es „nähere" sich das Jagdr. nach dieser Seite hin dem Begriffe eines Gewerberechtes; ebenso Schmid, im Archiv, Bd. 44, S. 206.

noch auch blos zu den affirmativen Rechten (den verneinenden Rechten des § 313), sondern sowie das Jagdoccupationsrecht zu Beiden zugleich gehört, weil die dem Rechte entsprechende Verbindlichkeit Dritter bald in einem non facere, bald in einem pati besteht [159]).

Das Ergebnis der bisherigen über das Wesen und die systematische Stellung des Jagdrechtes angestellten Untersuchung läßt sich in Kürze so formuliren: das Jagdrecht ist ein aus dem ausschließlichen Wildaneignungs- und Wildhegerechte zusammengesetztes, absolutes Vermögensrecht, welches ohne dingliches Recht zu sein, dennoch mit den dinglichen Rechten in wichtigen Beziehungen zusammentrifft. Am nächsten steht dasselbe den ausschließlichen Gewerberechten. Die Ausscheidung aus dieser Kategorie von Rechten und die Vereinigung des Jagdrechtes mit den anderen ausschließlichen Aneignungsrechten zu einer selbständigen Gruppe dürfte jedoch den Vorzug verdienen.

Dieses Resultat darf nicht als richtig betrachtet werden, bevor es nicht gelingt, eine Ansicht zu entkräften, deren Annahme eine nicht unbedeutende Modification des gewonnenen Ergebnisses zur Folge haben müßte. Ich meine die von Brünneck (in Gruchot's Beiträgen, Jahrg. XVI, N. F. Jahrg. I. (1872)

[159]) Ein non facere: z. B. Verbot des Ausnehmens der Eier des Federwildes, der Beschädigung von Fütterungs- und Schutzanstalten, des Zuspitzens der Zäune, Pfähle u. dgl. Ein pati: z. B. Duldung des Betretens von Grund und Boden zum Zwecke der Aufsicht und der Beobachtung des Wildes; Duldung der Ernährung des Wildes mit den entbehrlichen Bodenerzeugnissen. Auf ein facere dagegen ist das Hegerecht nicht gerichtet. Als ein solches dürfte auch nicht die Verbindlichkeit zu betrachten sein, in Zäunen u. dgl. Durchlässe zur Rettung des Wildes bei Wassergefahr anzubringen. Es liegt vielmehr nur das Verbot vor, Zäune u. dgl. ohne solche Durchlässe aufzustellen, so daß wir es im Grunde mit einem non facere zu thun haben.

S. 182—204) dargelegte Ansicht. Brünneck betrachtet nämlich den „Wildstand" („Fischstand") als solchen als Object des Jagdrechtes, die einzelnen Stücke lediglich als „Bestandtheile", „Bruchtheile" dieses Wildstandes. Letzterer befindet sich wegen der dem Jagdberechtigten gegebenen Möglichkeit auf denselben einzuwirken (Hegung), in einem „privatrechtlichen" u. zw. „quasidinglichen" Verhältnisse zum Jagdberechtigten (S. 192.) Dieses Recht am Wild-(Fisch-)stande ist zwar nicht Eigentum, aber ein rechtliches Zugehören besonderer Art, welches zur Folge hat, daß durch die Occupation des einzelnen Stückes das bezüglich desselben bereits früher vorhandene Recht zum Eigentume wird (S. 202).

Brünneck faßt also offenbar das zu einem Reviere gehörende Wild als Gesammtsache auf und das Jagdrecht als ein Vermögensrecht, welches primär diese Gesammtsache zum Gegenstande hat und nur per consequentiam auch die Bruchtheile derselben, nämlich die einzelnen Stücke Wild, ergreift. Diese Anschauung hält Brünneck nicht nur theoretisch für gerechtfertigt, sondern er behauptet auch deren volle Uebereinstimmung mit dem deutschen Rechte (S. 193 ff.).

Genau betrachtet ist Brünneck's Ansicht nichts Anderes als die Bejahung der Frage, ob eine Sachgesammtheit, als ideelle (unkörperliche) Sachheit gedacht, Gegenstand von Rechten sein könne. Die heutige Doctrin entscheidet sich, wenigstens was das gemeine Recht betrifft, für die Verneinung [160]). Was das öst. Recht anbelangt, so kann es theoretisch wohl keinem Zweifel unterliegen, daß das a. b. G.-B. § 302 von der Annahme einer Art unkörperlichen Sachheit ausgeht. Es sollte ein Seitenstück zu den juristischen Personen geschaffen werden, so daß also z. B. das Eigentum an der Gesammtsache verschieden wäre vom Eigentum an den Einzelsachen. Nicht weniger aber dürfte die Richtigkeit der Ansicht keinem

---

[160]) Siehe über diese Frage z. B. Unger, I, § 57 und Randa Eigentumsr. I. S. 29—30 und die bei Beiden cit. Literatur.

Zweifel unterliegen, daß wir im bürgerlichen Gesetzbuche, wenn wir die Anwendungsfälle in die Augen fassen, keine Rechtssätze finden, welche zur Festhaltung an dem Begriffe einer unkörperlichen Sachheit nötigen würden. Jeder Rechtssatz des b. G.-B. läßt sich auch ohne solche Auffassung erklären; insbesondere enthalten die §§ 427 und 452 eine derartige Nötigung nicht [161]). Wenn somit der Wildstand als solcher als Object des Jagdrechtes gedacht wird, so haben wir es gerade wie bei Annahme von Eigentum an einer Gesammtsache als solcher mit einem „materiell inhaltslosen und darum juristisch unbrauchbaren Begriffe" zu thun [162]). Sachgesammtheiten haben auf dem Rechtsgebiete nur die Bedeutung, daß sie bei rechtsgeschäftlichen Dispositionen als der abgekürzte Ausdruck des Parteiwillens, als Interpretationsmittel zur Feststellung seines objectiven Umfanges erscheinen [163]). Nur nach dieser Richtung hin fällt denn auch der Begriff des Wildstandes juristisch in's Gewicht [164]). Auch die von Brünneck citirten Quellenstellen nötigen nicht zur Behandlung des Jagdrechtes als eines Rechtes am Wildstande als solchem. Die Quellen bedienen sich häufig des Ausdruckes venatio, um das zu einem Jagdreviere gehörende Wild und das darauf sich beziehende Recht zu bezeichnen. Es liegt eine abkürzende Ausdrucksformel für das auf die einzelnen Stücke gerichtete Recht vor, gerade so, wie man z. B. vom Eigentum

---

[161]) Vgl. z. B. Schiffner, l. c. § 77, Randa, Besitz § 19, Eigentumsrecht I. S. 8—9 und 29—30; dagegen Stubenrauch, ad § 302, 427 und 452; Unger, I. S. 483—487; dasselbe muß wohl auch nach preußischem Rechte gelten trotz L. R. I. 2 § 32 ff.; dagegen jedoch Dernburg, l. c. I. § 60.

[162]) Das Occupations- und das Hegerecht des Jagdberechtigten betrifft in Wahrheit immer nur die einzelnen Stücke.

[163]) Siehe z. B. Unger, I. S. 478 ff., Randa, Besitz, S. 393, Eigentumsrecht I. S. 30, Schiffner, l. c. § 77, S. 38.

[164]) So wird bei einer Verpachtung des Jagdrechtes in Ermangelung entgegenstehender Dispositionen anzunehmen sein, daß dem Pächter die Ausübung des Jagdrechtes bezüglich des gesammten im Reviere befindlichen Wildes, nicht etwa blos bestimmter Wildarten, zustehen solle.

an einer Bibliothek spricht, um sich die Aufzählung aller einzelnen Werke zu ersparen. Nimmt man ein Recht am Wildstande als ideelle Sachheit gedacht an, so wird die juristische Construction des Jagdrechtes complicirter, also erschwert, nicht vereinfacht. Man operirt mit einer Fiction, zu welcher ein juristisches Bedürfnis nicht im Entferntesten vorliegt [165]).

---

[165]) In der bisherigen Darstellung sind strenge genommen alle wesentlichen Momente der oben (S. 23) gegebenen Definition des Jagdr. noch nicht berührt worden. Zwei Punkte blieben bis jetzt unerörtert. Das Jagdr. (Occupations- wie Hegerecht) ist ein auf ein bestimmtes Territorium beschränktes, also örtlich begrenztes Recht. Dieses Merkmal bedarf vorläufig einer Besprechung nicht. Bei der nun folgenden Eröterung der Verletzung des Jagdr. und seines Schutzes soll auf dasselbe näher eingegangen werden. Wichtiger dagegen wäre das zweite bis jetzt nicht berührte Moment, nämlich die Frage: welche Thiere sind jagdbar, d. h. auf welche Thiere hat das Jagdrecht Bezug? Die Beantwortung dieser Frage, welche die deutsche Wissenschaft und Praxis noch immer beschäftigt (siehe z. B. Wagner, Preuß. Jagdgesetzgeb. § 2), dürfte für das öst. R., zumal selbst solche Anhaltspunkte, wie preuß. L. R. II. 16, § 31, 32 fehlen, nicht weniger schwierig sein als für das deutsche Recht. Da jedoch diese Abhandlung den Zweck verfolgt, die juristische Natur des Jagdrechtes und die Gestaltung des Jagdschutzes zu beleuchten und die gewonnenen Resultate auch für die Theorie der übrigen ausschließlichen Aneignungsrechte zu verwerthen: so erscheint das Eingehen auf jene Frage wohl als ganz nebensächlich. — Schließlich sei noch, um Mißverständnisse zu vermeiden, bemerkt, daß die das Wesen des Jagdr. und dessen systematische Stellung betreffenden Erörterungen auch auf das Fischereirecht sinngemäße Anwendung finden, selbst wenn desselben nicht ausdrücklich Erwähnung gethan wäre.

III.

Verletzung des Jagdrechtes und dessen Schutz.

1. Präcisirung der Frage. Indirecter Jagdschutz.

Als Verletzung des Jagdrechtes erscheint im Allgemeinen jede Beeinträchtigung des dem Berechtigten zustehenden ausschließlichen Rechtes auf Erwerb und Hege des im Jagdreviere befindlichen Wildes. Zum Schutze des Jagdrechtes dient im Allgemeinen die Jagdrechtsklage [166]), welche wegen der großen Mannigfaltigkeit der möglichen Verletzungen natürlich eine sehr verschiedene Gestalt annehmen kann. Ein besonderes Interesse beansprucht jedoch nur der Fall der Verletzung des Jagdrechtes durch rechtswidrige Wildaneignung [167]). Der Verletzung des Hegerechtes dagegen soll nur gelegentlich und in Kürze gedacht werden.

---

[166]) Manche bezeichnen dieselbe als quasi confessoria i. r. a.; vgl. z. B. Schütze, l. c. S. 93; siehe übrigens schon Harpprecht, II. S. 128, Z. 298.

[167]) Der Ausdruck „rechtswidrige Aneignung" ist nicht nur auf den Fall zu beziehen, wo schon die Occupation seitens eines Dritten als Rechtsverletzung erscheint, sondern auch auf den weiteren nach österr. Rechte z. B. bei Raubthieren möglichen Fall, wo die Occupation zwar Jedem gestattet ist, die Rechtsverletzung aber in der Verweigerung der Ausfolgung des Wildes an den Jagdberechtigten liegt. Jene Fälle dagegen, in welchen die Verletzung durch Vereitelung der Occupation, aber nicht in Folge von Occupation seitens des Dritten geschieht, z. B. bloße Tödtung (Vergiftung u. dgl.) bleiben ihrer Einfachheit wegen von dem Kreise unserer Betrachtungen ausgeschlossen.

In welcher Gestalt — so lautet unsere Frage — tritt der civilrechtliche Jagdschutz bei widerrechtlichem Wilderwerbe auf? Es ist nicht gleichgiltig, ob sich das occupirte Wild noch in den Händen des Wilderers selbst befindet, oder ob dasselbe bereits in dritte Hände überging. Diese beiden Fälle sind bei Beantwortung der gestellten Frage stets auseinander zu halten. Kann der Jagdberechtigte von dem Wilderer die Herausgabe [168]) des widerrechtlich angeeigneten Wildes verlangen? Auf diesen Punkt fällt zunächst der Schwerpunkt der Controverse. Je nachdem man in dieser Beziehung die eine oder die andere Ansicht vertritt, kann sich die Stellung des Jagdberechtigten zu den Successoren des Wilderers verschieden gestalten. Vorläufig genügt die Constatirung der Thatsache, daß die gemeine Meinung dem Jagdberechtigten einen Anspruch auf Herausgabe des Wildes gibt. Diese Ansicht wird in neuester Zeit sogar für das römische Recht vertheidigt (Wendt, l. c. S. 408 ff., insbes. S. 411 [169]) und für das deutsche Recht ganz allgemein aufgestellt. Sie findet eine Stütze in den Quellen des deutschen wie des österr. Rechtes [170]) und wie die

---

[168]) Gleich hier mag bemerkt werden, daß der Ausdruck „Herausgabe" (de lege lata) nicht im technischen, z. B. im Vindications-Processe maßgebendem Sinne aufgefaßt werden darf.

[169]) Die herrschende Meinung ist für das römische Recht heutzutage noch gegen die Annahme einer Restitutionspflicht. Als Ausdruck dieser communis opinio kann der von Brinz, Pand. I. (2. Aufl.) S. 569 ausgesprochene Satz betrachtet werden: „in den Quellen stößt der Jäger auf die Prohibition des Grundeigentümers, aber auf kein Bedenken gegen seine Beute."

[170]) Als Beleg für diese Behauptung genügt eigentlich schon der bloße Hinweis auf die Thatsache, daß sich die Auffassung, welche in der unbefugten Wildoccupation einen Diebstahl erblickt, bis in die neueste Zeit fortgepflanzt hat (siehe oben Anm. 66). Der Gedanke an die Verpflichtung zur Herausgabe des Gestohlenen lag himit nahe, namentlich im Hinblick auf den Umstand, daß man ja, sogar bis in die neuere Zeit herauf, den strafrechtlichen vom civilrechtlichen Standpunkt nicht zu scheiden verstand. Vgl. z. B. die churfürstliche Pfälz. Malefiz.-O. von 1606 (Churpfälz. Landr., Thl. V, Tit. 51). Dazu kömmt noch

folgende Darstellung zeigen wird, in der modernen deutschen, wie österr. Gesetzgebung. Die Annahme einer Restitutionspflicht

---

die Erwägung, daß der Wilddiebstahl meist zu den am schwersten bedrohten Verbrechen gehörte; vgl. z. B. Riccius, l. c. S. 467 ff. und Wagner, Jagdwesen in Württemberg, S. 463 ff. So wäre denn die Annahme gewiß widersinnig, daß man dem Verbrecher den Genuß des entzogenen Gutes gewährt hätte. Diese Erwägung gilt von den zahllosen Quellenstellen, welche lediglich von Bestrafung, nicht aber von Restitution sprechen. Sehr oft aber wird die Verpflichtung zur Herausgabe des Wildes ausdrücklich ausgesprochen. Eine reiche Ausbeute bieten in solcher Beziehung insbesondere die Weisthümer. Siehe z. B.: Grimm, Weisth., Bd. IV, S. 447, Z. 11, Bd V, S. 350—351 und S. 496 § 20; Oest. Weisth. Bd. II (Tirolische): Weisth. v. Rattenberg I. S. 105 und 106; Weisth. v. Kropfsberg, II. S. 367, Z. 2—4 und S. 370; Kufsteiner Weisth. I. S. 18, Z. 18; Kaltenbaeck, Oest. Rechtsbücher d. Mittelalters, I. 2, Seitenstetten, S. 195, Z. 28; Lilienfeld, S. 141, Z. 68. Siehe auch: Würtemb. Jagd- u. Forst.-O., Tit.: „Von den Forst-Hüttern und ihren Heyden": Fallwild sollen die „Frucht-Hütter ohne Verzug dem nechst gesessenen Wald-Vogt, Forstmeister oder Knechte ausantworten" (cit. bei Riccius l. c. S. 454—455); bezüglich des Fallwildes auch Ferdinandi II. imp. Mandatum generale von 1631, § 11 (siehe Finsterwalder, l. c. III. S. 587); ebenso spricht ein Erk. v. 3. April 1677 (cit. bei Finsterwalder III. S. 590—591) die Restitutionspflicht aus. Nicht weniger zahlreich sind die Stellen, welche dem Fischereiberechtigten einen Anspruch auf Ausfolgung der von einem Dritten unbefugt gefangenen Fische beilegen. Siehe z. B. Marktordnung von Pöllau (1547), (Oest. Weisth., Bd. VI, Steir. und kärnt. Taidinge hg. von Ferd. Bischoff u. A. Schönbach, S. 137); Hoftaiding an dem Gschaid (1570) (ebendas. S. 157); Kaltenbaeck, Oest. Rechtsb. I. 2. S. 107, Z. 6, (Herzogenburg, St. Andrä und Dürnstein a. 1471). Siehe außerdem: Reichsdep.-Absch. v. 30. Oct. 1600 § 36 (Emminghaus, Corp. jur. germ., 2. Aufl. S. 422); Oberöst. Fischordn. von 1585, „Von den Freyen Fisch-Wässern" („Dem unbefugten Fischer kann Fisch-Zeug und Fisch weggenommen werden"); Jäger- und Reiß-Gejaids-O. in Oest. u. d. E. v. 17. Juni 1728, Generalien Z. 2 (Codex Austriac. Bd. IV, S. 479—480). Ein besonderes Gewicht ist außerdem auf jene Stellen zu legen, welche sogar die Verpflichtung zur Herausgabe von Wildtheilen (Häuten u. dgl.) aussprechen, u. zw. einerlei, ob die Abtrennung, wie bei Hirschgeweihen, vor oder nach erfolgter Occupation stattgefunden hat. Hier erscheint der Schluß

ergab sich übrigens mit Notwendigkeit aus jener Doctrin, welche dem Jagdberechtigten schon am unapprehendirten Wilde Eigentum

---

geboten: wenn schon Wildtheile, selbst wenn sie vor der Aneignung separirt wurden, der Restitution unterliegen, so muß Solches um so mehr bezüglich des Wildes als Ganzes gelten. Ebenso folgt gewiß aus jenen nicht seltenen Stellen, welche den dritten Erwerber als restitutionspflichtig erklären, ein Gleiches für den Wilderer selbst. Beispielsweise seien citirt: Jäger- u. Reißgej.-O. i. Oest. u. d. E. v. 17. Juni 1728 Z. 40 (l. c. IV. S. 490—491); Oest. Jäger- u. Reiß-Gej.-O. v. 23. Aug. 1743, Z. 40 (l. c. V, S. 125); V.-O. v. 21. Aug. 1772 f. Salzb. § 14 u. 15; Ungar. Landt.-Beschl. v. 1802, Ges.-Art. XXIV, § 7 in Verbindung mit § 8; Ges. f. d. Mil.-Gr. v. 25. Juni 1863, § 31. Bezüglich der Verpflichtung zur Ausfolgung gefundener Hirschgeweihe u. dgl. siehe z. B.: Graf Stollberg'sche Jagd- u Forst-O. v. 1642, Tit. 21; Graf Schwarzenburg-Sondershausische Jagd- u Forst-O. v. 1673, § 18; Herz. Friedrich's v. Würtemb. V.-O. die Wälder u. Forste i. d. Grafsch. Mümpelgard u. d. dazu gehör. Herrschaften betr., Tit. „Wie man sich verhalten soll, wenn die Hirsche ihr Gehörn ablegen" (Fritsch, Sammlg. Thl. III, S. 214); Churbrandenb. Verbott, die Hirschhörner und Stangen nicht zu repartiren v. J. 1683. (Fritsch, Sammlg. III. App. Nr. 25); Churfürstl. Maynzische erneuerte u. verb. Wald-, Forst- u. Jagd- auch Fischerei-O. v. 5. Nov. 1744, Cap. „Gemeine Verbotte" § 12 (cit. bei Ickstatt l. c. Anhang); Oberöst. Jagd-O. v. 8. Nov. 1692, Z. 11 u. v. 24. Nov. 1727, Z. 11 (Cod. Austr. I. S. 510, IV. S. 453); Neu verf. Jäger-O. i. Steyer v. 20. Juni 1695, Art. 14 u. vom 10. Jänner 1716, Art. 13; Oest. Jäger- u. Reiß-Gej.-O. v. 23. Aug. 1743, Z. 36 (Cod. Austr. V. S. 124); Oest. Weisth., Bd. II, 1, S. 18, Z. 18 (Kufstein). Ueber das bezüglich der Hirschgeweihe u. dgl. in Preußen geltende Recht siehe Dalcke, l. c. S. 99—108 u. Wagner, Preuß. Jagdgesetzgeb. S. 125 bis 128; bezügl. d. bair. Rechtes vgl. u. A. Trunk, l. c. S. 92.

In manchen Stellen wird nur von Ersatzpflicht gesprochen, so daß es zweifelhaft erscheinen könnte, ob das Wild selbst herauszugeben sei. Meist wird aber dieses Bedenken durch andere Stellen desselben Gesetzes beseitigt; vgl. z. B. V.-O. v. 21. Aug. 1772 f. Salzb. § 12 in Verbindung m. § 14 u. 15; § 8 d. cit. ungar. Landt.-Beschl. v. 1802 in Verbindung m. § 7 desselben.

Nicht selten wird neben der Strafe noch die Confiscation des Jagd- od. Fischzeuges, nicht aber die Abnahme der Beute verfügt. Siehe z. B. Grimm, Weisth. III. 718, S. 717; Verneuerte böhm. L.-O. Ferd. III. v. 10. Mai 1627, LIV. u. LV.; V.-O. v 21. Aug. 1772 f. Salzb. § 8

beilegte. Wäre diese von uns auch für das moderne, insbes. öst. Recht abgelehnte Theorie (siehe S. 32—61) richtig, so würde sich die Beantwortung unserer Frage allerdings sehr einfach gestalten. Der Jagdberechtigte hätte die Eigentumsklage (rei vindicatio) und es kämen die hinsichtlich derselben geltenden Grundsätze zur Anwendung. Trotzdem nun eine andere Auffassung kaum denkbar ist, sobald man sich der obigen Prämisse anschließt, ziehen dennoch nur Wenige der Schriftsteller [171]), welche dem Jagdberechtigten Eigentum am freien Wilde beilegen, aus ihrer Prämisse den bezeichneten Schluß. Die Meisten gründen vielmehr die dem Jagdberechtigten zuerkannte rei vind. auf ein durch die unbefugte Occupation erst vermitteltes, durch diese erworbenes Eigentum des Berechtigten [172]). Diese Auffassung schließt einen inneren Widerspruch in sich: denn vorhandenes Eigentum braucht nicht erst erworben zu werden. Gerade dieser Widerspruch aber bietet einen neuen augenfälligen Beweis für die Richtigkeit der bereits begründeten Behauptung, daß jenes angebliche Eigentum am freien Wilde von jenen Schriftstellern selbst nicht als Eigentum im technischen Sinne aufgefaßt wird [173]).

(siehe übrigens § 12, 14 u. 15); bair. L.-O. v. 1553, Buch IV, Tit. 23, Art. 3 u. 4; allgemein drückt sich der Tract. de jur. incorp., Tit. 9, § 1 aus: Der Wilderer könne vom Jagdberechtigten „auf frischer That gepfändet" werden. In allen diesen Stellen ist wohl auch an die Abnahme des Wildes, resp. an die Verpflichtung zu dessen Ausfolgung, gedacht.

Auf einem wesentlich verschiedenen Standpunkte befindet sich das französische und wohl auch das italienische Recht; darüber weiter unten.

[171]) Zu diesen ist z. B. Gesterding, l. c. S. 85, Schmid, Handb. d. deutsch. bürg. R. I. § 7, Brünneck im Archiv, Bd. 48, S. 92 (für d. ält. deutsche R.), wohl auch Brinz, Pand. I. S. 569—570 zu zählen.

[172]) So z. B. Ickstatt, l. c., insbes. § 107—110 (S. 67—71); auch Roth's Ausführungen in d. Krit. V.-J.-Schr. drängen zu derselben Ueberzeugung.

[173]) Dem Resultate, nicht aber der Construction nach, stehen die Vertreter dieser Theorie auf demselben Standpunkte, wie Jene, welche zwar nicht von Eigentum am unapprehendirten Wilde sprechen, dennoch aber die unbefugte Occupation als eine direct oder indirect eigentums-

Sehen wir nun vorläufig ab von dem Rechtsschutze, welcher dem Jagdberechtigten als solchen, als Folge seines Jagdrechtes zukommt. Fragen wir vorerst, ob denn nicht der Grundjagdberechtigte schon indirect nämlich vermöge seines Grundeigentumes gegen den Wilderer in ausreichender Weise geschützt ist? Unsere Frage lautet demgemäß: wie beschaffen ist der Schutz, welcher dem Jagdberechtigten durch die im Grundeigentume liegende Ausschließungsmacht zur Sicherung des ihm vorbehaltenen Wilderwerbes zu Theil wird? Der Schwerpunkt dieser Frage fällt auf die Untersuchung der Tragweite, welche der actio negatoria nach der bezeichneten Richtung hin innewohnt [174]). Diese Art des Schutzes wird auf dem Gebiete des röm. Rechtes heutzutage von Manchen in den Vordergrund gestellt [175]); ja es wird mittelst desselben der Beweis zu führen gesucht, daß das röm. Recht, trotzdem es ein ausschließliches Jagdrecht im modernen Sinne nicht kennt, dennoch dem Resultate nach dem Grundeigentümer bezüglich des auf seinem Grundstücke vorhandenen Wildes einen ebenso intensiven Schutz gewähre, wie das ältere deutsche und das heutige Jagdrecht, (so Wendt l. c.).

Daß die a. neg. im vorausgesetzten Falle zulässig sei, sollte meines Erachtens schon für das röm. Recht nicht be-

---

erzeugende Thatsache für den Berechtigten auffassen und aus diesem Grunde dem Letzteren die rei vind. geben. Ueber diese Ansicht siehe weiter unten.

[174]) Auch bezüglich der rei vind. ließe sich diese Frage aufwerfen. Man hätte an den übrigens unpractischen Fall zu denken, wenn dem Grundeigentümer der Besitz des Grundstückes u. damit des Jagdrechtes entzogen wird und nun der Besitzer das Wild occupirt.

[175]) Die herrschende gemeinrechtliche Doctrin erklärt diese Klage im vorausgesetzten Falle als unzulässig und gibt (fast) nur die a. iniuriarum wegen verbotenen Betretens des Grundstückes; siehe Roth i. d. Krit. V.-J.-Schr., S. 545, Z. 4; so selbst noch Brinz, Bd. I, S. 569 u. Anm. 41; vgl. auch Landucci l. c. S. 321 ff. Dagegen geben Schütze l. c. S. 77 ff. u. insbes. Wendt, l. c. S. 405—410 ohne Bedenken die a. negatoria.

weifelt werden, noch weniger aber für das moderne Recht, welches ja diese Klage grundsätzlich bei jedem widerrechtlichen Eingriff in fremdes Eigentum als anwendbar erklärt, der nicht in der Form der Entziehung der Sache selbst auftritt [176]. So ist nach öst. Recht die a. neg. gewiß nicht auf die Verletzung durch Ausübung einer Servitut einzuschränken, eine Ansicht, zu welcher § 523 verleiten könnte. Schon aus der Legaldefinition des § 354, sowie aus § 362, ergibt sich diese Auffassung, welche übrigens von den Meisten unserer Commentatoren vertreten wird [177]. Für unsere Frage würde übrigens vom Standpunkte des b. G.-B. selbst die Einschränkung der a. neg. auf den Fall des § 523 gleichgiltig erscheinen, weil ja die unbefugte Ausübung der Jagd auf fremdem Grunde wegen § 477, Z. 5 und § 503 als Ausübung einer Servitut sich darstellt [178]. In der besprochenen Ausdehnung läßt auch die preuß. Rechtspraxis in Uebereinstimmung mit der Wissenschaft die a. neg. zu [179]. Das aus § 477, Z. 5 d. öst. G.-B. Entnommene, darf übrigens auf Grund des

---

[176] So für das röm. R. namentlich Windscheid, Pand. I. § 198; dagegen insbes. Dernburg, l. c. I. § 250; Stobbe II. (2. Aufl.) S. 210. Auf diese allgemeinen Gesichtspunkte gründen denn auch Schütze u. Wendt die von ihnen behauptete Statthaftigkeit im Falle unbefugten Betretens venandi, aucupandi, piscandi causa. Die von Brinz, I. S. 569, Anm. 41 geforderte controversia juris ist zur Begründung der a. neg. nicht erforderlich; vgl. Windscheid, I. § 198, S 624 u. Anm. 7, insbes. aber Wendt, l. c. S. 405—407.

[177] Siehe Stubenrauch, 4. Aufl. ad § 523, Z. II. 1; ad § 366, Z. 1; Kirchstetter ad § 523 u. § 366—371; ebenso Swoboda in Haimerl's V.-J.-Schr. Bd. X (1862), S. 7 u. 9. Zeiller, Comm. II. ad § 523, Z. 4—7 spricht zwar nur von Verletzung durch Servitutenanmaßung; allein aus dem, was er ad § 366, Z. 4 (a. E.) u. ad § 362 (insbes. Z. 3) bemerkt, geht hervor, daß auch er der a. neg. weitere Grenzen zieht als § 523. Dasselbe gilt von Winiwarter, II. ad § 523 im Vergleiche mit den Bemerkungen ad § 362—365.

[178] Das Gleiche gilt vom Standpunkte des W. G. G.-B. wegen II. § 262, Z. 5, ja selbst schon nach dem Cod. Ther. II. 29, Nr. 144

[179] Siehe insbes. Dernburg, l. c. I. § 250.

preuß. L.-R. I. 9, § 158 gewiß auch für das preuß Recht behauptet werden [180]).

Dürfte nun auch die Zulässigkeit der a. neg. zum Schutze des jagdberechtigten Grundeigentümers keinem Zweifel unterliegen; so entsteht doch weiter die Frage: wie weit reicht dieser indirecte Schutz des Jagdberechtigten? was läßt sich mittelst der a. neg. erreichen? In dieser Beziehung gehen die Ansichten, wenigstens was das röm. Recht betrifft, gerade für unseren Fall auseinander. So viel steht fest: der Anspruch ist gerichtet auf Anerkennung des Eigentums, daher Untersagung der Störung, hier des unbefugten Betretens zum Zwecke der Jagd; außerdem Sicherstellung gegen Wiederholung des Eingriffes [181]) und Ersatz des dem Eigentümer durch die Schuld des Verletzers erwachsenen Schadens. Zweifelhaft ist aber vor Allem, worauf der Schadenersatzanspruch gerichtet ist? Volle Gewißheit besteht darüber, daß der durch das verbotene Betreten schuldbarer Weise zugefügte Schaden zu ersetzen sei. Aber kann der Eigentümer die Herausgabe des widerrechtlich occupirten Wildes, resp. den Ersatz für dasselbe erlangen? Diese Frage wird für das röm. Recht von Schütze (S. 82) verneint, von Wendt (S. 409—411) bejaht. Und in der That: eine sichere Antwort dürfte aus den Quellen kaum zu entnehmen sein. Auch das moderne Recht gewährt keine festen Anhaltspunkte. Die Frage kann jedoch meines Erachtens nur die sein: ist der Grundeigentümer schon vermöge seines Grundeigentums berechtigt, die Ausfolgung des Wildes resp. den Ersatz desselben zu verlangen? Stellt sich also die unbefugte Wildoccupation als Verletzung des Eigentumsrechtes dar? Oder liegt ein Eingriff in fremdes Eigentum nicht vor? In jenem, nicht aber in diesem Falle könnte die a. neg. den bezeichneten Erfolg haben. Gerade hier zeigt sich, daß es nicht gleichgiltig

---

[180]) Nach röm., nicht aber nach öst. R. cautio de non amplius turbando; nach preuß. R. Strafandrohung im Urtheil und unter Umständen Sicherstellung; vergl. Dernburg, l. c. I. § 250, Anm. 12.

[181]) Sämmtliche Handbücher d. deutsch. Priv.-R. berühren die aufgeworfene Frage nicht.

ist, ob man das Jagdrecht als Bestandtheil des Eigentums oder lediglich als ein mit demselben verknüpftes Realrecht auffaßt. Schließt man sich der ersteren Ansicht an, so haben wir es mit einer Eigentumsverletzung zu thun und es ließe sich der Restitutions-, resp. Ersatz-Anspruch immerhin construiren. Betrachtet man aber das Jagdrecht als Realrecht, so stellt sich die Wildoccupation nicht als Eigentumsverletzung dar, vielmehr als Eingriff in eine vom Eigentum verschiedene Rechtssphäre. Da nun bei der a. neg. das fundamentum actionis das Eigentum bildet, so kann von solchem Standpunkte aus von einer Verpflichtung zur Herausgabe resp. zum Ersatze des Wildes keine Rede sein. Diese letztere Auffassung entspricht dem im ersten Abschnitte unserer Abhandlung (S. 21) gewonnenen Resultate.

Die aufgestellte Behauptung wird durch den Umstand nicht widerlegt, daß, wie man allgemein anerkennt, dem Fruchtnießer das Recht zur Jagdausübung auf dem zum ususfructus gegebenen Grunde zusteht [182]). Denn dem Fruchtnießer gebührt der volle Ertrag nicht nur des Grundstückes selbst, sondern auch der mit demselben verbundenen Rechte. Das Wild ist aber nicht etwa fructus fundi [183]), ebenso wenig wie z. B. die auf Grund eines Zehentrechtes erfolgenden Leistungen zu den Früchten des Grundstückes gezählt werden können. Vielmehr ist das Zehentrecht, so auch das Jagdrecht ein Recht, dessen Ausübung einen gewissen Ertrag abwirft. Nicht ganz genau ist es daher, wenn man sagt, das Grundstück gewähre einen bestimmten Ertrag an Wild

---

[182]) Siehe z. B. Stubenrauch, 4. Aufl. ad § 511, Z. 1; ebenso schon Zeiller, Comm. ad § 511, Z. 2. Das Gleiche gilt nach preuß. R., vgl. z. B. Dernburg, I. § 281.

[183]) Das öst. Recht gewährt keinen Anhaltspunkt zu einer solchen Auffassung. Gerade in jenen Bestimmungen, in welchen eine Andeutung am ehesten zu erwarten wäre, nämlich in § 383, 384, 405 u. 406 a. b. G.-B. findet sich eine solche nicht. § 383 spricht geradezu gegen eine solche Annahme, u. § 295, 2. Satz hat, wie gezeigt wurde, eine ganz andere Bedeutung. Anders das röm. R.; vgl. insbes. Fr. 26 de usuris, 22, 1 und darüber, wie über die einschlägigen Fragen, namentlich Wendt, l. c. § 2—5.

u. s. w. und dieser gebühre dem Usufructuar. In Wahrheit ist es das Jagdrecht, gerade wie das Zehentrecht, welches den Ertrag abwirft. Da nun aber dieses Recht ein mit dem Grundeigentume verbundenes Recht ist, so sagt man kurz: das Grundstück werfe den Ertrag ab. Strenge genommen liegt somit in jener Ausdrucksweise eine Verwechslung. Wenn also auch dem Fruchtnießer das Recht auf den Jagdertrag zusteht, so beweist dieser Umstand noch nicht, daß der Grundeigentümer schon vermöge seines Eigentums selbst, nicht in Folge eines neben diesem bestehenden und nur an dasselbe geknüpften Rechtes einen ausschließlichen Anspruch auf den Jagdertrag habe.

Aus dem Bemerkten ergibt sich, daß der lediglich auf das Eigentum gestützte Schutz des Jagdberechtigten als ein sehr enge begrenzter sich darstellt [184]). Dieser ganze indirecte Schutz nimmt von dem unbefugten Betreten seinen Ausgang; daher seine Unzulänglichkeit. Wer also auf fremdem Grunde vorhandenes Wild tödtet, ohne denselben zu betreten, gegen den kann die a. neg. nicht angestellt werden. Freilich läßt sich kaum ein Fall denken, in welchem nicht auch hier diese Klage zulässig wäre. So wird z. B. im Herüberschießen vom Nachbargrundstücke aus allerdings eine unmittelbare, directe Immission, welche die a. neg. begründet, gefunden werden können [185]). Aber zum Ersatze für das getödtete und etwa unbrauchbar gewordene oder durch Raubthiere vertilgte Wild führt die a. neg. auch in diesem Falle nicht [186]). Noch mehr springt die Unzulänglichkeit der

[184]) Bei der die Tragweite der a. neg. betreffenden Untersuchung wurde natürlich vorausgesetzt, daß der Jagdberechtigte nicht schon durch die Occupation des Wilderers zum Eigentümer der Beute wird, eine Annahme, deren Beweis später folgt. Denn sonst stünde ja dem Jagdberechtigten die rei vind. zu. Ob man dagegen annimmt, es erlange der Occupant Eigentum oder bloß Besitz, ist für unsere Untersuchung gleichgiltig.

[185]) Dies gilt gewiß auch für das öst. R.; vgl. Randa, Besitz, S. 168, ebenso Eigentumsr. I. S. 109 oben.

[186]) Nur Ersatz für den durch das Herüberschießen am fremden Eigentum etwa zugefügten Schaden könnte unter Umständen begehrt

a. neg. in die Augen bei unbefugtem Fischen in einem fremden fließenden Privatgewässer ohne Betretung des fremden Grundes. Da hier nicht einmal von einer unmittelbaren Immission in fremdes Eigentum die Rede sein kann, so fehlt der a. neg. jede Grundlage [187]). Der bezeichnete indirecte Schutz des Jagdberechtigten erscheint außerdem in jenen Fällen als ausgeschlossen, in welchen dem Dritten das Betreten des Grundstückes zu Jagdzwecken zufolge ausdrücklicher oder stillschweigender Vereinbarung mit dem Jagdberechtigten, jedoch mit der Verpflichtung zur Herausgabe des occupirten Wildes, erlaubt wurde [188]). Dasselbe gilt, wenn Jemandem das Recht zum Betreten fremden Grundes zu Jagdzwecken schon gesetzlich, jedoch mit der gleichen Verbindlichkeit, eingeräumt ist. Unter diesen Gesetzpunkt gehören namentlich jene (öst.) Landes-Fischerei-Gesetze, welche dem Fischereiberechtigten zum Schutze seines Rechtes die Tödtung (nicht aber das Behalten) wildlebender, den Fischen gefährlicher Thiere in seinem Fischwasser „oder in der Nähe desselben", also auch unter Umständen das Betreten eines fremden Jagdrevieres gestatten [189]).

Aus der eben angestellten Untersuchung ergibt sich, daß der im Grundeigentume enthaltene indirecte Schutz des Jagd-

---

werden. Natürlich wird die a. neg. auch dann zulässig sein, wenn ein solcher Schaden nicht entstand, z. B. bei Herüberschießen auf eine einsame Waldblöße.

[187]) Möglich wäre es, daß in Folge der mit dem Fischen verbundenen Anstalten eine Einwirkung auf das Flußbett stattfindet, die sich dessen Eigentümer nicht gefallen zu lassen braucht; dann dürfte wohl die a. neg. zulässig sein.

[188]) Jedenfalls steht dem Jagdberechtigten in solchen Fällen die Contractsklage zu, möglicher Weise selbst die rei vind., wenn man sich nämlich der Auffassung anschließt, daß auch bei der Occupation Erwerb mittelst „Gehilfen" vorkommen könne. (Randa, Besitz, S. 430 u. 431.) Denn in solchen Fällen erwirbt der Occupant durch seine Handlung ganz ohne Rücksicht auf seinen Willen dem Berechtigten Besitz u. Eigentum.

[189]) Siehe die in Anm. 97 cit. Gesetze f. Vorarlb., § 15; f. Krain § 15; f. d. Bukowina, § 12; f. Görz u. Gradisca, Istrien u. Triest, § 13; f. Kärnten, § 13; f. Ob. u. N.-Schlesien, § 13; f. Steierm., § 15; f. Oest. u. d. E., § 12 u. ob d. E., § 15.

berechtigten, insoferne es sich um die Sicherung des Wild-erwerbes handelt, ein höchst unvollkommener ist [190]). In manchen Fällen greift ein solcher Schutz gar nicht Platz; niemals aber vermag derselbe zur Ausfolgung des occupirten Wildes zu führen [191]).

Praktische Bedeutung könnte heutzutage der a. neg. in ihrer Function als indirectes Schutzmittel des Jagdberechtigten nur nach einer doppelten Richtung hin beigemessen werden. In jenen Fällen nämlich, in welchen es sich entweder um Objecte des freien Thierfanges handelt oder die Occupation (nicht das Behalten) Jedem oder doch bestimmten Nichtjagdberechtigten gestattet ist [192]), erscheint die a. neg. als die einzige zur Verhinderung der Occupation dienliche Waffe. Ueberall außerdem, wo eine Beschädigung oder Zerstörung von Anstalten oder Vorrichtungen vorliegt, welche zur Hege oder zur Occupation des Wildes bestimmt sind, wie z. B. Fütterungs- und Schutzanstalten, Schießhütten, Kanzeln als Schießstände, Fangvorrichtungen u. dgl., wird mit dem in der Form der a. neg. auftretenden indirecten Jagdschutze derselbe Erfolg erreicht werden können, wie mit der Jagdrechtsklage selbst.

Das bezüglich der a. neg. Bemerkte findet sinngemäße Anwendung auf die Sachbesitzstörungsklage (§ 339 a. b. G.-B., interdictum uti possidetis), welche auf dem Gebiete des Besitzschutzes im Wesentlichen ein Analogon der neg. bildet [193]). Auch

---

[190]) Wendt, l. c. S. 411 hält dagegen einen stärkeren als den durch die a. neg. gewährten Schutz für unnöthig. Freilich mißt er dieser Klage eine viel größere Tragweite bei.

[191]) Anders zum Theil nach preuß. R. wegen L.-R. I. 9 § 115. Die Verpflichtung zur Herausgabe des Wildes an den Grundeigentümer (Jagdberechtigten) stellt sich hienach dar als eine kraft positivrechtlicher Bestimmung an die Eigentumsverletzung (Verletzung des ius prohibendi) geknüpfte Rechtsfolge, welche allerdings mit der a. neg. geltend gemacht werden kann.

[192]) Z. B. bei Raubthieren, sodann bei jenen Vögeln, welche Gegenstand des Vogelfanges, nicht der Jagd sind.

[193]) Siehe insbes. Bruns, Besitzklagen, S. 63 ff., S. 82 u. 83,

der Grundbesitz schließt einen indirecten Schutz des Jagdrechtes in sich. Schütze, S. 82 u. Wendt, S. 405 ff. lassen diese Klage zu jenem Zwecke unbedenklich zu [194]). Die Funktion beider Klagen ist in der hier in Betracht kommenden Beziehung im Allgemeinen die Gleiche. Dennoch gewährt das Interdict einen noch unzureichenderen Schutz als die a. neg. [195]). Insbesondere aber darf, was für unsere Frage sehr in's Gewicht fällt, nicht vergessen werden, daß die Besitzstörungsklage nach modernem Rechte nur innerhalb einer sehr kurzen Frist angestellt werden kann [196]) und die Geltendmachung des accessorischen Schadenersatzanspruches vom Besitzprocesse principiell ausgeschlossen ist [197]).

---

welcher das Interdict geradezu die „negatorische (prohibitorische) Besitzklage auf Verbot (Prohibition) drohender Störungen des Besitzes" nennt (S. 65); für das öst. R. vgl. Randa, Besitz, S. 23, dazu Anm. 55.

[194]) Der durch Brinz, I. S. 569, Anm. 41 erhobene Einwand, daß der Zulassung des Interd. der Mangel der controversia possessionis entgegenstehe, wird gewiß durch die Bemerkungen von Bruns, l. c. S. 76, Z. 2, beseitigt, dem auch Wendt, l. c. S. 406 zustimmt. Jedenfalls gebietet die juristische Consequenz, die Sachbesitzstörungsklage als indirectes Schutzmittel als statthaft zu erklären, sobald man der a. neg. diese Function einräumt. Auch die Sachbesitzentsetzungsklage könnte möglicher Weise, ähnlich wie die rei vind., jene Function erfüllen, wenn nämlich der Grundjagdberechtigte des Sachbesitzes und damit des Besitzes seines Jagdrechtes entsetzt wurde. Das Gleiche hätte von der Klage zum Schutze des qualificirten Besitzes (Publiciana, § 372 ff. a. b. G.-B.) zu gelten, falls deren Voraussetzungen vorliegen.

[195]) Darauf weist im Allg. schon Bruns l. c. S. 82—83 hin.

[196]) Nach heutigem öst. R. beträgt die Verjährungsfrist 30 Tage a tempore scientiae (§ 2 d. kais. Vdg. v. 27. Oct. 1849; dazu Randa, Besitz, S. 221—223); auch nach preuß. R. ist eine kurze, jedoch gesetzlich nicht bestimmte Frist vorgeschrieben; vgl. Dernburg, l. c. I. S. 320.

[197]) Nach öst. R. im Falle der Nichtanerkennung des Entschädigungsanspruches seitens des Beklagten im Besitzprocesse (k. Vdg. v. 27. Oct. 1849, § 5); darüber Randa, Besitz, S. 226, Z. 3 u. Anm. 46. Ueber das preuß. R., welches den Schadenersatzanspruch stets

2. Directer Jagdschutz.

A. Das durch die Occupation eines Nichtberechtigten entstehende Rechtsverhältnis.

a. Uebersicht über die verschiedenen Theorien.

Wenden wir uns nun dem auf das Jagdrecht selbst gegründeten, also dem directen Jagdschutze zu, welchen der Grundjagdberechtigte dem Wilderer gegenüber genießt. Zur Lösung dieser Aufgabe erscheint vor Allem die Erörterung und Entscheidung einer Controverse erforderlich, welche mit der gestellten Frage in untrennbarem Zusammenhange steht. In welche Rechtslage wird — so müssen wir vorerst fragen — das Wild durch die Aneignung des Dritten gebracht? wie ist das Rechtsverhältnis beschaffen, welches durch diesen Act für den Wilderer einerseits, für den Jagdberechtigten andererseits hinsichtlich des apprehendirten Wildes entsteht?

Drei Auffassungen sind in dieser Beziehung möglich und thatsächlich auch vertreten worden. Die eine geht dahin: der Wilderer allein wird Eigentümer [198]), sog. unbeschränkte Occupa-

---

einem besonderen Processe zuweist, Dernburg, l. c. I. § 159; über andere moderne Rechte: Randa, Besitz, S. 226, Anm. 46; über das röm. R., welches sich mehr dem öst. R. nähert, vgl. Bruns, l. c. S. 56 ff. u. S. 63.

[198]) Diese Auffassung darf bezüglich des röm. R. als comm. opinio bezeichnet werden. Dieselbe Ansicht wird von Manchen selbst für das gem. deutsche u. das öst. Recht vertreten. Vgl. z. B. schon Harpprecht II. S. 79—85; Weingärtler, l. c. S. 55 u. 58 (nicht so bei Fischen); Finsterwalder, l. c. III., S. 580 ff. (jedoch nur in Ermangelung einer entgegenstehenden gesetzl. Bestimmung); ebenso Gesterding, l. c. S. 81 ff. (jedoch nur unter der Voraussetzung, daß man das Recht des Jagdberechtigten nicht als Eigentum am Wilde erklärt; Walter, Deutsch. Priv.-R. § 126; Puchta, Vorlesungen § 154; Reyscher, l. c. II., § 288 a; Goltdammer, l. c. S. 34; Thon, l. c. S. 337, Anm. 19; Wächter, Pandekten, II. (1881), S. 129 bis 130 u. 134; Kärger, l. c. S. 20; derselben Auffassung scheint (selbst für d. deutsche R.) auch Wendt, l. c. S. 376—379 zu huldigen.

tionstheorie; eine zweite knüpft an die Occupation des Wilderers die Wirkung des Eigentumserwerbes für den Jagdberechtigten sog. Repräsentations- oder Erwerbs-Vermittlungs-Theorie [199]); nach einer dritten Ansicht erlangte der dritte

---

Ganz allgemein steht in wesentlichem Anschlusse an das röm. R. auf dem Standpunkte der reinen Occupationstheorie, die Doctrin u. Praxis des französ. R.; vgl. z. B. Laurent, l. c. VIII. S. 529—530, u. namentlich Sorel, l. c. 2. éd. u. die das. S. 81 ff. Citirten; siehe außerdem die bei Sorel, S. 86—88, 96—98, 110, 115—117 u. die im Anhang S. 129 ff. angeführten gerichtl. Entscheidungen. Vgl. auch Loi du 3. mai 1844 art. 11 Nr. 2 a. E. u. art. 16, dazu Leblond, l. c. I. S. 225—229, Nr. 226—228, u. Neubauer l. c. S. 100. Dasselbe gilt für d. Fischereirecht nach dem Ges. v. 15. April 1829 art. 5, vgl. Neubauer, l. c. S. 114; theilw. a. M. Laurent, l. c. VIII., S. 531. Dem franz. Rechte schließt sich auch das italienische des Codice civ. (art. 711 u. 712) an; vgl. z. B. Pacifici-Mazzoni, l. c. 2. ed. lib. III. 1. S 7. Manche erklären diese Anschauung als eine unabweisbare Consequenz allgemeiner Rechtsprincipien; so z. B Walter, Naturrecht u. Politik, 2. Aufl. (1871). S. 118, Z. 166; Brünneck i. Archiv § 90 („an sich").

[199]) Diese Auffassung wird von vielen älteren Schriftstellern getheilt; siehe z. B. Pufendorf, Natur- u. Völkerr. (1711) Buch IV, C. 5, § 7 u. C. 6, S. 917—919, (De jure naturae et gent. 1744, I. lib. IV, c. 6, S. 555—557); im Grunde auch Ickstatt, l. c. Thl. I. § 72 u. 73 (S. 39—41), Thl. II, § 49, S. 189—190; u. mit Beschränkung auf die unbefugte Fischoccupation Weingärtler, l. c. S. 55—58. Von modernen Schriftstellern siehe insbes.: Schütze, l. c. S. 103—114; E. J. Bekker in d. Nachschrift hiezu (S. 115); Holzschuher-Kuntze, Theorie u. Casuist. d. gem. Civilr., 3. Aufl., Bd. II. (1864) § 172; Brünneck, i. Archiv, S. 90—91 u. 97—99, u. i. Gruchot's Beiträgen N. F. I. S. 203), (ebenso schon in seiner Inaug.-Diss. De dom. ferar quae illicite capiuntur, Hal. Sax. 1862); Windscheid, Pand. I., § 184 u. Anm. 5, b; Beseler, Deutsch. Priv.-R. § 89, Note 15; Gerber, Deutsch. Priv.-R., 2.—8. Aufl. § 92, Note 3; vgl. auch die Mittheilung v. F. Meyer in Gruchot's Beitr. N. F. V. (1876) S. 561, u. (im Anschluße an Beseler) Trunk, l. c. S. 102, Z. 13. Im Grunde theilen auch Roth i. d. Krit. V.-J.-Schr. S. 555 u. wohl auch Brinz, Pand. I. S. 570, diese Ansicht, da nach ihrer Anschauung das „flüssige" Eigentum des Jagdberechtigten durch die von wem immer vorgenommene Occupation sich in ein „festes" verwandelt, die sog. Theorie vom Wild-

Occupant wohl Besitz am Wilde, aber weder er noch der Jagdberechtigte wird Eigentümer, Theorie des bloßen Besitzerwerbes [200]). Alle Ansichten stimmen dem Resultate nach im Wesentlichen insoferne überein, als sie, vom röm. Rechte abgesehen, dem Jagdberechtigten eine Klage auf Herausgabe oder doch wenigstens auf Ersatz des Wildes zusprechen [201]); nur gehen wieder die Meinungen über die Natur dieser Klage auseinander, je nachdem sich die Vertreter derselben der einen oder der anderen der eben bezeichneten Theorien anschließen.

Vom Standpunkte des röm. Rechtes kann die Beantwortung unserer Frage nicht zweifelhaft sein. Der Occupant wird Eigen-

---

Eigentume des Jagdberechtigten, als deren Vertreter auch Ickstatt betrachtet werden kann. Auch in Stubenrauch, 4. Aufl. S. 478, findet sich die erwähnte Auffassung; (die früheren Aufl. übergingen unsere Frage so gut wie gänzlich). Kirchstetter, ad § 383 u. 384, Anm. 2 cit. einfach die Ansicht von Schütze. Der Vermittlungstheorie schließt sich für das engl. R. an: Stephen, l. c. II. S. 83, zwar nur beim Jagdr. „ratione soli"; das Gleiche dürfte jedoch von diesem Standpunkte aus beim Jagdr. „ratione privilegii" anzunehmen sein.

[200]) Diese Auffassung wird insbes. vertheidigt von Stobbe, II. 2. Aufl., S. 677—678; Gerber, Deutsch. Pr.-R., 1. Aufl. u. von der 9. Aufl. an § 93, Anm. 1; Schmidt, Vorlesungen üb. sächs. Pr.-R., I. (1869), S. 188; Dernburg, l. c. I. S. 487; Ihering, Passive Wirkungen d. Rechte, l. c. S. 472; Brinkmann, Die Begründung d. Klagen d. Reichsr. u. d. gem. Rechts nach d. R. C. P. O., 1883, I. S. 288, Anm. 22; wohl auch Gengler, l. c. 3. Aufl. S. 310 u. Randa, Besitz, 2. Aufl. S. 307, Anm. 31. Auch Bluntschli, Deutsch. Pr.-R., 2. Aufl. S. 203 scheint diese Ansicht zu theilen; vgl. Schütze, l. c. S. 98—99. Im Unklaren lassen uns P. Roth, Bayr. Civilr. III. S. 134, sowie manche ältere Schriftsteller, z. B. Vossius-Westenberg, l. c. S. 341, § 772; Jordan, l. c. § 15 u. S. 39; sicher ist nur, daß nach ihrer Meinung der Wilderer nicht Eigentümer wird.

[201]) Einige Schriftsteller versagen dem Jagdberechtigten selbst den Ersatzanspruch gegen den Wilderer; so z. B. Walter, Deutsch. Pr.-R. § 126, Z. 1, u. Naturr. u. Polit. S. 118, Z. 166. Das franz. R. erkennt zwar eine Ersatz-, nicht aber eine Restitutionspflicht an; vgl. Sorel, l. c. an den in Anm. 198 cit. Stellen.

tümer des Wildes, einerlei, ob er gegen Verbot des Grundeigentümers gehandelt hat oder nicht. Dies geht ganz unzweideutig aus jenen Quellen-Stellen hervor, die man gewöhnlich für diese Ansicht anführt [202]). Dieselbe läßt sich selbst mit der Annahme eines ausschließlichen Anrechtes des Grundeigentümers auf die Erträge der Jagd vereinigen [203]). Nur darüber kann Streit bestehen, ob das röm. Recht eine Klage kennt, welche zur Restitution des Wildes führt [204]). Unser heutiges Jagdrecht ruht im Wesentlichen auf germanischer Grundlage. Die Zuhilfenahme bloßer allgemeiner Rechtsprincipien ermöglicht eine sichere allseitig befriedigende Lösung der gestellten Aufgabe nicht. Wir bedürfen wenigstens einiger positivrechtlicher Anhaltspunkte. So möge denn der Versuch gestattet sein, die dargelegte Controverse vom Standpunkte des öst. Rechtes zu entscheiden. Bei solcher Erörterung kann natürlich die Heranziehung allgemeiner Rechtsgrundsätze und speciell der Principien des deutschen Rechtes nicht umgangen werden.

b. Das moderne, insbesondere österreichische Recht.

1. Der Wilderer wird nicht Eigentümer.

Wie in den meisten modernen Jagdgesetzgebungen, so tritt uns auch im öst. Rechte eine ausdrückliche Entscheidung unserer Streitfrage nicht entgegen. Dennoch dürfte es an gewichtigen Anhaltspunkten nicht fehlen, welche uns eine genügende Grundlage zu einer sicheren Lösung unserer Aufgabe bieten [205]). Zu solchem

---

[202]) Siehe z. B. Schütze, l. c. S. 71—75 u. S. 84.

[203]) Wie Wächter, Jagdr. u. Wendt l. c. (gewiß richtig) behaupten.

[204]) Auf diese Frage kann hier, wo wir das moderne Recht im Auge haben, nicht näher eingegangen werden.

[205]) Gewiß zu weit geht Kärger, Zwangsr., wenn er behauptet, aus der modernen Gesetzgebung lasse sich eine bestimmte Beantwortung der Frage nicht entnehmen. Diese Ansicht ist die Folge allzuflüchtiger Durchsicht oder doch nicht genügender Verarbeitung des vorliegenden Gesetzesmateriales. Nicht jede Frage braucht ausdrücklich entschieden zu sein. Sache der Wissenschaft ist es, latente Rechtssätze aufzudecken.

Zwecke erscheint vor Allem die Beantwortung der Frage geboten: hat die Occupation des Wilderers für diesen die Wirkung des Eigentumserwerbes zur Folge?

So viel dürfte feststehen, daß die bloße Unrechtmäßigkeit des Actes für sich allein die Möglichkeit des Eigentumserwerbes auf Seite des Occupanten nicht ausschließt. Allerdings ist es richtig, daß nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen an der Regel festgehalten werden muß, daß die gegen eine absolut verbietende Rechtsnorm unternommene Handlung für den Handelnden nicht rechtserzeugend wirken könne, mit anderen Worten nichtig sei. Allgemein wird zugegeben, daß das Gesetz mit sich selbst in Widerspruch treten würde, wenn es einen bestimmten Act verbieten, trotzdem aber im Falle seiner Vornahme den beabsichtigten oder doch den gleichen Rechtserfolg eintreten ließe, den die Handlung, wenn sie gestattet wäre, hervorbringen würde [206]). Aber gewiß als ebenso feststehend erscheint die Thatsache, daß diese Regel keine ausnahmslose ist. Rücksichten der verschiedensten Art können den Gesetzgeber bestimmen, die Reaction gegen das durch die Uebertretung der Norm entstandene Unrecht in anderer Weise, als in der Form der Nichtigkeit des Actes eintreten zu lassen [207]). Diese Ausnahmen nun lassen sich auf einen gemeinsamen Gesichtspunkt nicht zurückführen. Sie sind mehr oder minder positivrechtlicher Natur. Hiemit gewinnt aber die ganze Frage einen vorherrschend positivrechtlichen Charakter. So ist es gewiß, daß auch das röm. Recht den früher bezeichneten Grundsatz kennt [208]); allein dieses Princip war durch zahlreiche Ausnahmen durchbrochen [209]). Und so darf es uns denn auch nicht

---

[206]) Siehe z. B. Unger, I. S. 55, II. S. 141; Thon, l. c. S. 343, Anm. 40.

[207]) Vgl. z. B. Thon, S. 12—14.

[208]) Windscheid, Pand. I. § 70 u. die das. Anm. 1 cit. Stellen.

[209]) Wächter, Jagdr. S. 368—370; Wendt l. c § 1; Bekker, Das Recht d. Besitzes bei d. Römern, 1880, § 4, welch' Letzterer insbes. nachweist, daß selbst unrechtmäßiger Besitz rechtserzeugend wirken könne. Die Ausführungen dieser Schriftsteller sind namentl. gerichtet gegen

Wunder nehmen, wenn der Satz: res nullius cedit primo occupanti als ein ausnahmsloser hingestellt wird. Wir dürfen also immerhin sagen, daß selbst jene Schriftsteller, welche für das röm. Recht in gewissem Sinne ein ausschließliches Jagdrecht annehmen, (Wächter, Wendt), keine juristische Unmöglichkeit behaupten, wenn sie an der reinen Occupations-Theorie strenge festhalten [210]).

Die eben dargelegte Regel ist nun zweifellos auch dem gegenwärtigen öst. Rechte eigen [211]); allein auch hier ist dieselbe durch zahlreiche Ausnahmen durchbrochen, welche wohl zum Theil eine Gruppirung gestatten, aber unter einen allgemeinen, einheitlichen Gesichtspunkt sich nicht bringen lassen. Für unser Recht erscheint daher unsere Frage gerade so wie nach preußischem als eine Interpretationsfrage [212]). Allerdings läßt sich nicht in Abrede stellen, daß das Streben der Redaktoren unseres Gesetzb. nach möglichster Klarheit auch nach der hier in Betracht kommenden Richtung hin sich bethätigt. Sollte nämlich eine verbotswidrige Handlung Rechtsbestand haben, so finden wir

---

Bluntschli, Deutsch. Pr.-R. 2. Aufl. I. § 71, Nr. 5, Beseler, Deutsch. Pr.-R. 1. Aufl. § 7, Anm. 15, Göppert i. d. Krit. V.-J.-Schr., Bd. 13, S. 226, Brinz, Pand. 2. Aufl I. § 148, S. 568, Randa, Besitz, 2. Aufl, § 3, Anm. 4.

[210]) Diese Bemerkung findet somit auch auf das franz. R. Anwendung.

[211] Vgl. insbes. Pfaff-Hofmann, Comm. I. S. 150 u. die das. Citirten; außerdem Stubenrauch, 4. Aufl. ad § 3, S. 37. Das Gleiche dürfte auch nach dem W. G. G.-B. gelten. Der Cod. Theres. I. 1. Nr. 13, 18 u. 19 und übereinstimmend das Josephin. G.-B. I. § 3 u. 6 stehen noch auf dem Standpunkte einer älteren gangbaren Doctrin, welche verlangt, es müsse die Nichtigkeit der gesetzwidrigen Handlung im Gesetze ausdrücklich ausgesprochen sein; vgl. z. B. Vöet, Comment. ad Pandectas, I. 3, § 16.

[212]) Pr. L.-R. I. 4 § 6 u. darüber Dernburg I. § 79, Anm. 1. Zu derselben Ueberzeugung führt ein auch nur flüchtiger Blick auf die meist sehr eingehenden Untersuchungen, welche unsere Commentatoren, von Zeiller angefangen, der Frage nach den Wirkungen der Uebertretung einer lex cogens widmen, (sämmtlich ad § 3 d. b. G.-B.).

dies ausdrücklich angeordnet, so z. B. bei allen Eheverboten (i. e. S.). Ja, die Redaktoren betonen sehr häufig ausdrücklich selbst die Ungiltigkeit einer verbotswidrigen Handlung; so z. B. bei den Eheungiltigkeitsgründen. Allein die erstere Erscheinung tritt uns im Gesetzbuche nicht als ausnahmslose Regel entgegen, und die letztere Thatsache kann nicht einmal als Regel hingestellt werden; und so verliert denn unsere Frage den Charakter einer Interpretationsfrage nicht. Da wir uns also auf eine allgemein durchgreifende Regel nicht stützen können, so müssen wir die Frage aufwerfen: hat unsere Gesetzgebung bei Bestand eines ausschließlichen Occupationsrechtes die widerrechtliche Occupation eines Nichtberechtigten in Bezug auf diesen als einen Eigentum erzeugenden Act erklärt? Erwirbt der unbefugte Occupant einer ansprüchigen Sache durch die Occupation Eigentum an derselben?

Meines Erachtens führt schon die grammatische Interpretation einiger einschlägiger Stellen des b. G.-B. zur verneinenden Beantwortung. So erklärt insbesondere § 382: „freistehende Sachen können von allen Mitgliedern des Staates durch die Zueignung erworben werden, insoferne dieses Befugnis nicht durch die politischen Gesetze eingeschränkt oder einigen Mitgliedern das Vorrecht der Zueignung zusteht." § 383 fährt hierauf fort: „Dieses gilt insbesondere vom Thierfange." Diese Bestimmungen bringen den Gedanken zum Ausdruck: steht bezüglich einer herrenlose Sache Niemandem ein ausschließliches Occupationsrecht zu, so wird der primus occupans Eigentümer durch die Zueignung. Besteht aber ein ausschließliches Occupationsrecht („Vorrecht der Zueignung"), so kann nur der Berechtigte, nicht aber der unbefugte Occupant, durch die Besitzergreifung Eigentum an der Sache erwerben. Die Norm des § 382 hat aber nach § 383 insbesondere auf den Fall Anwendung, wenn bezüglich wilder Thiere ein solches „Vorrecht" der Zueignung besteht [213]). Nach dieser Auffassung wäre also unser

---

[213]) Diese Auffassung theilt auch Stubenrauch, 4. Aufl. ad 381 u. 382, Z. 2 c.

§ 382 dem Sinne nach identisch mit § 231 des sächs. Civil-G.-B., welcher bestimmt: „Herrenlose Sachen, bei welchen ein ausschließliches Recht der Zueignung (in Bezirken od. auf einzelnen Grundstücken) besteht, kann nur der Berechtigte durch Besitzergreifung eigentümlich erwerben" [214]. Die dargelegte Interpretation wird sehr wesentlich unterstützt durch die correspondirenden Bestimmungen des W.-G. G.-B., aus welchen ja die citirten §§ d. b. G.-B. hervorgegangen sind. Das W.-G. G.-B.

---

[214]) Ueber diese Norm, welche insbes. das Jagd- u. Fischereir. im Auge hat, vgl. Siebenhaar, Comm. zu d. b. G.-B. f. Sachsen, I. ad § 231, u. Schmidt, Vorlesungen, I. S. 187 u. 188. Mit dem öst. Rechte stimmt das preuß. R., theilweise selbst dem Wortlaute nach, überein, siehe insbes. L.-R. I. 9, § 9, welcher ausspricht, daß eine zwar herrenlose, aber dem Staate vorbehaltene Sache von dem unbefugten Occupanten nicht zu Eigentum erworben werde; vgl. auch L.-R. II. 16, § 2 u. 7. Ja, nach preuß. R. (L.-R. I. 9, § 12, 13) wird sogar Derjenige, der einen Anderen widerrechtlicher Weise in der Occupation stört od. hindert, durch Occupation nicht Eigentümer; um so weniger also gewiß Derjenige, der durch widerrechtliche Occupation in die Rechtssphäre des ausschließlich zur Aneignung Berechtigten eingreift. Die vertretene Ansicht ist für das preuß. Recht um so mehr aufzustellen, da Handlungen, die sich als Uebertretung eines Verbotsgesetzes darstellen, selbst zur Begründung von Besitz untauglich sind, (L.-R. I. 7 §§ 96 ff., I. 3, § 35 u. Dernburg I. § 150, Anm. 5). Die für das preuß. R. aufgestellte Ansicht theilt auch Brünneck i. Archiv, S. 94—95 Einen wichtigen Anhaltspunkt für das heutige preuß. R. gewährt insbes. § 24 des Jagdpol. Ges. v. 7. März 1850; darüber Brünneck, l. c. S. 113. (An Eigentum i. techn. S. darf hiebei freilich nicht gedacht werden; uns genügt aber hier die aus jener Bestimmung folgende Negative, daß der Wilderer nicht Eigentümer wird.) Kein Argument bieten dagegen die von Brünneck, l. c S. 95 u. 96 angeführten § 16 des badisch. Ges. v. 2 Dec. 1850, § 16 d. Württemb. Ges. v. 17. Oct. 1855, § 13. d. Hannov. Ges. v. 29. Juli 1850, sowie die in Anm 98 dieser Abhandlung cit. Gesetze, welche sich der Wortwendung bedienen, das (freie) Wild „gehöre" dem Jagdberechtigten. Das Eigentum bildet eben nicht die einzige Form des rechtlichen „Gehörens". Auch aus § 634 d. Zürcher b. G.-B. (vgl. Bluntschli, Erläuterungen zu dems., 2. Aufl. 1855, S. 128) geht hervor, daß der Wilderer durch die Occupation nicht Eigentümer wird.

unterscheidet strenge zwischen „anspruchlosen" und „ansprüchigen" Sachen und gibt nur dem primus occupans einer Sache der ersteren Art Eigentum an derselben (II. § 103, 107 u. 108.) Bei Jagd und Fischerei wird sodann gleich in den folgenden §§ des Vorrechtes der Zueignung gedacht, (§ 109 u. 113). Schon im Codex Theres. II. 4 Nr. 24 findet die bezeichnete Auffassung eine nicht zu unterschätzende Stütze. Die erwähnte Stelle enthält nämlich die Bestimmung: „Wer jedoch die Befugnis dazu hat" (zum Jagen, Vogelfang oder Fischen) „und sich eines solchen wilden Thieres .... bemächtigt, derselbe behält das Eigentum des gefangenen Thieres .... Sobald es aber ihm entkommet, kann sich dessen neuerdings ein jeder Anderer, der hiezu befugt ist, bemächtigen." Daraus folgt wohl ganz unzweideutig, daß die Occupation durch einen Unbefugten demselben kein Eigentum gibt. Der Gedanke, daß in Ermangelung eines ausschließlichen Occupationsrechtes der erste Occupant Eigentum erwerbe, ist insbesondere bezüglich derelinquirter Mobilien im § 386 b. b. G.-B. (cf. W.-G. G.-B. II. § 116) [215]) deutlich ausgesprochen. Wir dürfen a contrario schließen, daß bei Bestand eines exclusiven Aneignungsrechtes nicht Jeder („jedes Mitglied des Staates") sich eine solche Sache durch Occupation „eigen machen" könnte.

Auch unsere Jagdgesetzgebung enthält Bestimmungen, welche schon ihrem Wortlaute nach für die vertretene Ansicht sprechen. Hierher gehören einmal alle oben (S. 34 u. 35) cit. Normen, welche von einem „Eigentum" des Jagdberechtigten am unapprehendirten Wilde sprechen. Kann auch, wie nachzuweisen versucht wurde, von Eigentum im technischen Sinne nicht die Rede sein, so scheint doch in jenen Stellen neben Anderem auch dem Gedanken ein freilich unpassender Ausdruck

---

[215]) Siehe auch W.-G. G.-B II. § 2; die Worte „allen Menschen gemein" sollen eben besagen, daß bei „anspruchlosen" Sachen die Rechtslage der Sache bezüglich aller Menschen die gleiche ist und daher die Prävention allein über den Eigentumserwerb entscheide.

verliehen worden zu sein, daß der unbefugte Occupant durch die Occupation nicht Eigentümer wird. Sowie Derjenige, welcher unbefugt eine in fremdem Eigentume befindliche Sache in Besitz nimmt, Eigentum an derselben nicht erlangt, so kann auch der Wilderer, der in das fremde dem Eigentume gleichgestellte Recht eingreift, nicht Eigentümer seiner Beute werden. Insbesondere aber mögen folgende Stellen unserer Jagdgesetzgebung Erwähnung finden. § 19 d. Pat. v. 28. Febr. 1786, welcher vom Fallwild handelt, erklärt: ein Nichtberechtigter „kann sich dasselbe keineswegs zueignen“ [216]). Die Besitzergreifung also gibt nicht Eigentum; als Eigentumserwerbsact ist die Apprehension ein nichtiger Act.

Einen ganz besonders wichtigen Beleg für die Richtigkeit unserer Ansicht bieten jene Fälle, in welchen die Occupation zwar jedem oder doch bestimmten Nichtberechtigten gestattet ist, allein trotz derselben der Occupant nicht Eigentümer wird. Unter diesen Gesichtspunkt fällt nach öst. Rechte in der Regel die Besitzergreifung von Raubwild. Zwar bestimmt noch das für Galizien und die Bukowina public. Hofd. v. 24. Juni 1788, Z. 1, daß die Occupation von Bär oder Wolf jedem Occupanten Eigentum an seiner Beute und Anspruch auf eine Belohnung verschaffe. Allein das Bukowinaer L.-G. v. 1. Oct. 1870 (L.-G.-Bl. Nr. 32) beließ nur die Prämie und verordnete § 4: „Die Eigentumsrechte auf das eingebrachte Raubthier bleiben durch dieses Gesetz unberührt und es gelten hierüber die allg. gesetzlichen Bestimmungen und Vorschriften.“ Diese Stelle soll gewiß nichts Anderes besagen als der Erlaß der Krainer Landesreg. v. 18. Mai 1855 (L.-G. Bl. Nr. 18), welcher ausdrücklich betont, daß die Tödtung

[216]) Diese Bestimmung wurde von den meisten Landesgubernien für die einzelnen Kronländer republicirt. Theilw. abweichend stylisirt ist § 21 d. kroat Jagdges. v. 1870: „... darf sich dasselbe keineswegs aneignen“, sondern es „gehört dem Besitzer des Wildbannes“, in dem es gefunden worden ist“. Gemeint ist: die Besitzergreifung ist verboten; erfolgt sie trotz des Verbotes, so erwirbt der Occupant kein Eigentum.

eines Raubthieres seitens eines Anderen als des Jagdberechtigten für den Occupanten „nur Anspruch auf die gesetzliche Taglia, nicht aber auf das erlegte Thier selbst begründe"; dieses „verbleibe im Eigentum" des Jagdberechtigten. Eigentum am getödteten Thiere also erlangt hienach der dritte Occupant nicht. Die zwei zuletzt angeführten Normen gehen zweifelsohne von der Voraussetzung aus, daß die Besitzergreifung von Raubthieren auch dem Nichtjagdberechtigten gestattet sei. Diese Behauptung wird insbesondere bewiesen durch § 3 d. Pat. v. 28. Febr. 1786, welcher die Tödtung von Raubthieren und Schwarzwild (außerhalb des Thiergartens) für Dritte durchaus nicht auf den Fall der Notwehr beschränkt. Siehe außerdem § 3 u. 7 d. M.-E. v. 15. Dec. 1852 (L.-G.-Bl. f. N.-Oest. Nr. 473), der Erl. d. steierm. Statth. v. 28. Jän. 1853 (L.-G.-Bl. II. Nr. 28) Z. 3 u. kroat. Jagdges. v. 1870 § 23 in Verbindung mit § 19. Die in diesen Stellen zu Tage tretende Anschauung, welche allerdings nicht in allen Kronländern in die Gesetzgebung Eingang fand, wurde auch durch die Entsch. d. (öst.) Cass.-H. v. 21. Mai 1883, Z. 61 bestätigt [217]). Noch einen weiteren Fall kennt das öst.

---

[217]) Die vom Standpunkte des geltenden Rechtes gewiß unrichtige Ansicht, daß Raubthiere vom primus occupans zu Eigentum erworben werden, darf bis zu der cit. Entsch. herauf als comm. oppinio bezeichnet werden; so noch Stubenrauch i. d. 3. Aufl. ad § 383 u. 384; richtig dagegen 4. Aufl. ad § 383 u. 384, I. a.; ebenso Schopf, 4. Aufl., § 102; unrichtig nach heutigem R. Schopf, S. 84 oben u. § 97. Die ganz klare Bestimmung des § 3 d. Pat. v. 1786 erleidet keine Veränderung durch § 20 d. Pat. (in einigen Kronländern in neuerer Zeit republicirt), welcher das „Fangen oder Schießen" „fremden Wildes von was immer für einer Gattung" als Diebstahl erklärt. Gewiß setzt diese Bestimmung eine rechtswidrige Absicht, nämlich das erbeutete Wild zu behalten, voraus; und sodann scheint das Pat. unter „Wild" das Nutzwild zu verstehen, da es in § 3 von „Raubthieren" im Gegensatz zu „Wild" (§ 1) spricht. Diese Auffassung wird auch bestätigt durch die Fassung von § 1 (u. 3) d. M.-E. v. 15. Dec. 1852; siehe auch § 17 u. 23 d. kroat. Jagdges. v. 1870.

Die vertretene Anschauung hat übrigens entschieden nicht Eingang gefunden in das böhm. Jagdges. v. 1. Juni 1866, welches § 38 die

Recht, in welchem die Occupation wildlebender Thiere auch Nichtjagdberechtigten erlaubt ist, dennoch aber der Occupant

---

Occupation von Schwarzwild außerhalb eines Thiergartens, sowie von Raubthieren, Dritten blos zur „Vertheidigung der Person od. des Eigentums" gestattet. Inhaltlich übereinstimmend d. Erl. d. Salzb. Statth. v. 25. Juli 1852 (L.-G.-Bl. Nr. 447) Z. 3; zweifelhaft ist der Sinn von § 15 des ungar. Jagdg. v. 1872, aus welchem mit Sicherheit nur so viel zu entnehmen ist, daß ein ausschließliches Occupations-Vorrecht bei Raubthieren nicht besteht.

Aus dem Gesagten geht hervor, daß in der hier in Betracht kommenden Beziehung hinsichtlich der Raubthiere die in der österr. Jagdgesetzgebung aufgestellten Grundsätze nicht überall miteinander übereinstimmen. Dieser Mangel an Einheitlichkeit dürfte sich kaum rechtfertigen lassen.

Bezüglich der Raubthiere ist übrigens die Rechtsbildung niemals eine einheitliche gewesen. Um diese Ueberzeugung zu gewinnen, genügt ein Blick auf die im Cod. Austr. abgedr. Jagdgesetze. Vgl. auch Ickstatt, l. c. § 120 ff. (S. 80 ff.); Riccius, l. c. S. 186 ff.; außerdem Leyser, Meditat. VII. S. 23—24; Finsterwalder, l. c. lib. III, S. 520, Z. 13 u. 14 u. S. 593, Z. 22 u. 23. Bald werden die Raubthiere dem freien Thierfange anheimgegeben, bald besteht Auslieferungspflicht bei Freiheit der Occupation, bald ist Letztere dem Jagdberechtigten allein gestattet. Siehe als Beleg auch: Tiroler L.-O. v. 1532, Buch IV, art. XV, (übereinstimmend L.-O. v. 1573, IV, art. XV) (Jagdbarkeit der Raubthiere); Jäger- u. Fischerei-O. v. Kärnten v. 16. Jän. 1731 (bei Bären Occup.-Freiheit, aber Restitutionspflicht); Oest. Weisthümer, Bd. II. 1: W. v. Rattenberg, [I. (S. 106) Occup.-Freiheit, aber Restitutionspflicht), W. v. Rattenb. II. (S. 115) (volle Occup.-Freiheit); Bd. II. 2: W. v. Kropfsberg, I. (S. 367, Z. 2 u. 4) (Occup. gestattet, aber Eigentum blos bei Wolf u. Bär); ebenso W. v. Kropfsb., II. (S. 370).

Andere Grundsätze als im geltenden öst. R. begegnen uns bezüglich der Raubthiere im preuß. R. Nach pr. L.-R. II. 16, § 32—34 u. den meisten preuß. Provincialrechten bilden Raubthiere, insoferne sie nicht ausdrücklich als jagdbar erklärt sind, einen Gegenstand des freien Thierfanges. Nur steht dem Jagdberechtigten das Recht des jagdmäßigen Aufsuchens u. Verfolgens allein zu. Hierin ist jedoch lediglich eine polizeiliche Beschränkung der allgem. Occupations-Freiheit zu erblicken, welche die Frage nach dem Eigentumserwerbe nicht berührt. Der erwähnte Grundsatz des preuß. R. verliert freilich in Folge der Bestimmung des

Eigentum nicht erwirbt. Die neuesten Landesfischereigesetze gestatten nämlich dem Fischereiberechtigten, selbst gegen Verbot des Jagdberechtigten, zwar die Occupation von den Fischen gefährlichen, wildlebenden Thieren, welche sich in seinem Fischwasser oder in dessen Nähe aufhalten; doch bleibt dem Jagdberechtigten „die Verfügung über die occupirten Thiere vorbehalten“ [218]). Von einem Eigentumserwerb durch den Fischereiberechtigten scheint also keine Rede zu sein. Und es muß dieser Auffassung umsomehr Raum gegeben werden, weil die erwähnten Bestimmungen dem Fischereiberechtigten blos einen Schutz gegen Beeinträchtigung seiner Rechte gewähren sollen [219]). Der Schutz reicht gewiß nicht über das Bedürfnis hinaus; dieses verlangt aber nicht, daß der Occupant ein Recht an den occupirten Thieren erwerbe. Die eben dargelegten zwei Fälle beweisen, daß selbst die erlaubte Besitzergreifung nicht immer Eigentum gibt. Um so weniger kann doch zweifelsohne die Occupation Dritter zum Eigentumserwerbe führen, wenn schon der Occupationsact selbst als Rechtsverletzung sich darstellt.

An die bisher für unsere Ansicht vorgebrachten Argumente reihen sich noch andere Belege, welche schon aus dem Grunde nicht übergangen werden dürfen, weil die aufgestellte Behauptung einerseits lebhaft bestritten wird, andererseits aber die Basis für die Construction des directen Jagdrechtsschutzes bei unbefugter Occupation Dritter bildet.

---

pr. L.-R. I. 9. § 115 u. des R.-St.-G.-B. § 368 Nr. 10 einen guten Theil seiner practischen Bedeutung. Vgl. über das preuß. R., insbes. über die Ausnahmen des bezeichneten Principes, Dalcke, l. c. § 5, S. 16 ff. u. (theilw. gegen ihn) Wagner, Preuß. Jagdgesetzg., S. 1—8.

[218]) Siehe die Anm. 97 cit. Fischereigesetze. Vgl. auch d. Circular d. bestandenen kk. Berg-, Salinen- u. Forstdirection Salzb. v. 4. Sept. 1856, Z. 4411 (Exterde's Sammlung, S. 177), welches den Fischereipächtern zum Schutze ihrer Rechte den Fang von Fischottern gegen Ablieferung derselben oder Werthvergütung gestattet.

[219]) Dies ergibt sich nicht nur aus den Normen selbst, sondern zudem aus den Erläuterungen der Regierung zu § 2 des neuesten Reichs-Fischerei-Ges.-Entw. v. 1883 (IX. Sess., Beil. 649).

Einen nicht zu unterschätzenden Beleg enthält der Tractatus de juribus incorporalibus v. 1679, Tit. X, §. 3, welcher ein Fischnachfolgerecht festsetzt und beifügt: „Kombt aber einer in Tag und Nacht seinen entgangenen Fischen nicht nach, so seynd sie auff dem truckenen Land dessen, wer sie am ersten ergreifft, im Wasser aber, dem dasselbe gehörig." Geht man nun von der richtigen Voraussetzung aus, daß hier von einem Eigentume vor der Occupation keine Rede ist, so wird man in dieser Stelle den Gedanken zum Ausdrucke gebracht finden: auf dem trockenen Lande sind die Fische nach Ablauf jener Frist „anspruchlose Sachen"; der primus occupans wird Eigentümer; im Wasser aber sind die Fische „ansprüchige" Sachen; der Fischereiberechtigte allein kann an denselben Eigentum erwerben.

Nur eine geringe Ausbeute an Argumenten für die vertheidigte Ansicht bietet uns die Analogie anderer ausschließlicher Aneignungsrechte. Fast bei Jedem derselben tritt die angeregte Frage wegen Mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Entscheidung als Streitfrage auf. Immerhin finden wir aber in der historischen Entwickelung, sowie in der heutigen positivrechtlichen Gestaltung Mancher dieser Occupationsrechte einige Anhaltspunkte, welche als Stützen für die Interpretation des öst. Rechtes dienen können.

1. Allerdings ist heutzutage das Beuterecht im Kriege nach völkerrechtlichen Grundsätzen zu behandeln und nach öst. Rechte wohl als Occupationsrecht des Staates aufzufassen [220]. Allein in manchen Particularrechten (Preuß. L.-R., Sächs. C.-G.-B.) finden wir noch immer die dem röm. und dem Rechte des Mittelalters eigene Anschauung, nach welcher Sachen der zum feindlichen Heere gehörenden Privatpersonen als herrenlos gelten und dem Erbeuter als Eigentum zufallen. Doch besteht nicht der Grundsatz der freien Occupation, sondern das Aneignungsrecht wird gesetzlich nur einem bestimmten Kreise von

---

[220]) Siehe § 402 a. b. G.-B. u. im Anschluße daran Abs. 391 d. 2. Thls. d. Dienstregl. f. d. kk. Heer v. 9. Aug. 1873, sowie Mil.-Straf-G. § 264, 277 f., 492—501 u. 733.

Personen und unter gewissen Voraussetzungen zugestanden. Nur wer „erlaubte" Beute in diesem Sinne macht, nicht also der unbefugte Occupant, erwirbt nach ausdrücklicher Bestimmung jener Rechte Eigentum [221]).

2. Particularrechtlich gilt ein Schatz als anspruchige Sache [222]). Die Schatzfindung gibt dem Finder das ausschließliche Aneignungsrecht; Eigentum erwirbt er erst durch die vollendete Occupation. Diese Auffassung dürfte (was hier nicht näher ausgeführt werden kann) den einschlägigen Bestimmungen des sächs. Civ.=G.=B. zu Grunde liegen; (siehe § 233, 334, 237 u. 238 dess. [223]). Wer, ohne Mitfinder zu sein, den von einem Anderen gefundenen Schatz occupirt, wird nicht Eigentümer, ein Satz, der sich aus § 231 in Verbindung mit § 233 (u. 238) d. G.=B. ergibt [224]).

---

[221]) Vgl. Pr. L.=R. I. 9 § 194, dazu Dernburg, I. § 231, Z. 4, u. sächs. a. b. G.=B. § 232, dazu Schmidt, Vorlesungen, I. § 53. Von einem privileg. Occupationsrechte, welches dem Jagdrechte seinem Wesen nach völlig gleichzustellen wäre, kann selbstverständlich hier keine Rede sein. Uns genügt aber der Satz: unbefugte Occupation (eines Nichtberechtigten) gibt dem Occupanten kein Eigentum.

[222]) So noch W.=G. G.=B. II. § 2 u. 126.

[223]) § 233 erklärt, der „Finder" erwerbe durch „Besitzergreifung das Eigentum"; u. § 238 spricht von einem Rechte des Finders „auf die entdeckten Sachen", woraus hervorzugehen scheint, daß die Entdeckung dem Finder ein ausschließliches Occupationsrecht verschafft.

[224]) Ein Hinweis auf das Finden verlorener Sachen wäre für unsere Frage bedeutungslos, da der Finder das Eigentum entweder nicht oder doch nicht allein in Folge Herrenlosigkeit der Sache erwirbt. Ersteres gilt z. B. nach öst. R. a. b. G.=B. § 392 u. wohl auch nach dem sächs. b. G.=B. § 239 (Erwerb durch Verschweigung), nach preuß. L.=R. I. 9, § 49 (Erwerb durch richterlichen Zuschlag); Letzteres gilt z. B. nach dem Zürcherischen C. G.=B. § 626 u. 627 u. insbes. § 629. Als ebenso unfruchtbar dürfte sich ein Blick auf die Entwickelung des Strand= und Grundruhr=Rechtes erweisen, obgleich wir es hier allerdings mit einem ausschließl. Aneignungsrechte bezüglich herrenloser Sachen zu thun haben; vgl. darüber Stobbe, II. § 149, Z. IV. Die Quellen enthalten meines Wissens bezüglich dieser Rechte keine ausdrückliche Ent=

3. Häufig finden wir in den älteren Quellen, sowie in der neueren Gesetzgebung ein ausschließliches Recht des Wald- oder Grundeigentümers auf Occupation eines nicht verfolgten fremden Bienenschwarms. Aeltere und neuere Gesetzesstellen berechtigen zu der Annahme, daß ein Nichtberechtigter durch Occupation des Schwarmes das Eigentum an demselben nicht erwirbt [225]). Dies ist für uns um so wichtiger, als ja auch nach öst. Rechte der (2 Tage lang) nicht verfolgte Schwarm dem ausschließlichen Aneignungsrechte Desjenigen anheimfällt, auf dessen Grund der Schwarm sich niederließ. Dies bestimmt schon das W.-G. G.-B. II. § 112 und fast gleichlautend § 384 d. a. b. G.-B.

4. Nach älteren und neueren preuß. Gesetzen besteht bezüglich des Bernsteins ein ausschließliches Aneignungsrecht des

---

scheidung unserer Frage; heutzutage tritt der Gesichtspunkt des Findens verlorener Sachen in den Vordergrund, (siehe Stobbe l. c.).

[225]) So schon Edict. Rothari, 319 bezüglich königl. Güter. Ausdrücklich ist die Frage im pr. L.-R. I. 9, § 124 u. 125 in Verbindung mit I. 9, § 115 entschieden. Diese Stelle darf nicht etwa so aufgefaßt werden, als erwerbe der unbefugte Occupant zwar Eigentum, sei aber verpflichtet, seine Beute dem Grundeigentümer herauszugeben. Eine solche Auffassung gestattet übrigens die Fassung des W.-G. G.-B. II. § 112 u. des a. b. G.-B. § 384 („für sich nehmen u behalten"). Nur die Restitutionspflicht im Falle unbefugter Aneignung, nicht aber die Negation des Eigentumserwerbes läßt sich aus dem Wortlaute jener Normen folgern. Diese Bestimmung des öst. R., welche auch auf zahm gemachte Thiere, die durch 42 Tage von selbst ausgeblieben sind, Anwendung findet, wird übrigens von Stubenrauch, 4. Aufl. ad § 383 u. 384, Z. III, (ebenso schon in den früheren Aufl.) gewiß richtig dahin verstanden, daß der unbefugte Occupant nicht Eigentümer wird. Letzteres gilt zweifelsohne nach dem Zürcherischen C.-G.-B. § 635 in Verbind. mit § 634 Ob ein Gleiches auch für das sächs. Civilr. angenommen werden dürfe, erscheint mir zweifelhaft. Der Wortlaut u. die systemat. Stellung des § 230 (erst die folg. §§ normiren die ausschl. Occupationsrechte) sprechen für die Verneinung. Diese Ansicht findet wohl eine Stütze in den Motiven zu § 231; dagegen Stobbe, II. 2. Aufl. S. 658, Anm. 17; auch Schmidt, Vorlesungen, I. S. 190.

Staates oder der Grundeigentümer. Aus den einschlägigen Gesetzesstellen [226]) geht nun unzweifelhaft hervor, daß ein Nichtberechtigter durch Occupation Eigentum nicht erwirbt.

5. Auch das sog. Bergwerkseigentum bietet uns eine willkommene Analogie. Bekanntlich besteht Streit darüber, ob die sog. regalen Fossilien als herrenlose Sachen oder als partes fundi aufzufassen seien. Nach jener Auffassung stünde dem Finder auf Grund der erhaltenen Beleihung ein ausschließliches Occupationsrecht, nach dieser dagegen ein ausschließliches Separationsrecht zu [227]). Gleichgiltig nun welcher Ansicht man huldigt, so viel dürfte feststehen, daß Derjenige, welcher ohne Beleihung oder mit Ueberschreitung derselben Fossilien occupirt, nur Besitz, nicht auch Eigentum erlange. Diese von den meisten Schriftstellern getheilte Meinung [228]) fällt, was unsere Frage betrifft, insbesondere dann in's Gewicht, wenn man sich der Occupations-Theorie anschließt. Die Analogie mit unserem Falle ist dann im Wesentlichen eine vollkommene [229]).

---

[226]) Siehe dieselben bei Stobbe, II. 2. Aufl. S. 653 u. 654, dessen Interpretation mit Obigem übereinstimmt.

[227]) Siehe über diese Streitfrage Stobbe, II. 2. Aufl. § 141 u. 143. Die Gesetzgebungen gewähren meist nur unsichere Anhaltspunkte, vgl. übrigens Stobbe, II. 2. Aufl. S. 589, Anm. 14. Die Mehrzahl der Schriftsteller neigt sich heutzutage der Ansicht zu, nach welcher die Bergbauberechtigung ein ausschließliches Occupationsrecht od. doch Separations- und Occupationsrecht in sich schließt. Dies gilt insbes. vom öst. R.; vgl. Randa, Eigentumsr. I. S. 48 u. das Schema d. ursprünglichen Erwerbsarten, S. 245—246.

[228]) Vgl. Stobbe, II. 2. Aufl. S. 596, Z. 7; dagegen Achenbach, Gem. deutsch. Bergr. I. (1871), S. 349 ff.

[229]) Aus dem für die Bergbaugerechtigkeit gebräuchlichen Worte „Bergwerkseigentum" darf natürlich für unsere Frage keine Consequenz abgeleitet werden. Mag auch die betonte Analogie keinem Zweifel unterliegen, so darf doch, selbst wenn man der Occupationstheorie huldigt, folgender Unterschied nicht unbeachtet bleiben. Die Fossilien sind partes fundi und nur rechtlich herrenlos; das Wild dagegen ist nicht pars fundi, und daher entspricht hier die gesetzlich anerkannte Herrenlosigkeit der

Die Reihe der Belege, welche zum Beweise der Ansicht dienen, daß der Wilderer nicht Eigentümer seiner Beute wird,

---

Natur der Sache. Das bergmännische Occupationsrecht ist außerdem im Gegensatze zum Jagdoccupationsr. grundsätzlich kein Recht des Grundeigentümers (Realrecht), sondern ein von dem Grundeigentume gänzlich unabhängiges Recht. Die sonstigen Unterschiede kommen hier nicht in Betracht.

Die übrigen hier nicht berührten Bestimmungen des öst. Rechtes, welche die Statuirung ausschließlicher Aneignungsrechte enthalten, bieten uns, sowie jene Gesetzgebungen, welche dieselben Occupationsrechte kennen, zur Beantwortung der aufgeworfenen Frage keine in's Gewicht fallenden Anhaltspunkte. Dies gilt insbes. von dem Zueignungsrechte von Ufereigentümern bezüglich der insula nata und des alveus derelictus, a. b. G.-B. § 407, 409 u. 410. Unsere Commentatoren widmen auch diesen Aneignungsrechten in dem hier in Betracht kommenden Punkte gar keine Beachtung. Eine Ausnahme macht blos Stubenrauch, 3. Aufl. S. 526, Z 5, (4. Aufl. S. 500 u. 501, mit einigen Zusätzen versehen). Dessen Bemerkung, die Insel werde durch Verjährung des ausschließl. Occupat.-Rechtes zu einer „freistehenden" Sache, welche Demjenigen zufällt, „der sich in den Besitz gesetzt hat", gibt dem Gedanken einen Ausdruck, daß vor eingetretener Verjährung nur der Occupationsberechtigte Eigentum erlangen könne. Diese Ansicht scheint auch Kirchstetter (ad § 407—413, Z. 3) zu theilen.

Das auf die Gewinnung von Sand, Steinen, Schilf, Eis u. dgl. in fließenden Privatgewässern gerichtete ausschließl. Occup.-Recht (siehe Randa, Eigentumsr., I. S. 90 ff.) ist nach der in Frage stehenden Richtung hin bisher gleichfalls noch nicht erörtert worden.

Eine naheliegende hier verwerthbare Analogie scheinen die dem öst. Rechte bezüglich des Fruchterwerbes eigenen Grundsätze zu bieten. Durch die Separation fallen die getrennten Früchte in das Eigentum bestimmter Personen: des Eigentümers der Muttersache, des Usufructuars, des bonae fidei possessor etc. Die von einem Dritten widerrechtlich vorgenommene Separation hat für denselben zweifelsohne die Wirkung des Eigentumserwerbes nicht. Auch hier haben wir es also mit Personen zu thun, welchen ein ausschließliches Anrecht auf den Erwerb einer Sache zusteht. Dieselbe Bedeutung, welche beim Fruchterwerbe dem Separationsacte zukömmt, wohnt bezüglich des Wilderwerbes dem Occupationsacte inne.

Dieser Vergleich wird vom Standpunkte des öst. Rechtes für Jene ausschlaggebend sein, welche in unrichtiger Interpretation des a. b. G.-B. § 295, 2. Satz, das Wild als fructus fundi auffassen und demgemäß

erscheint, wenigstens was das öst. Recht betrifft, durch die bisherigen Bemerkungen noch nicht als abgeschlossen. Ein schwerwiegendes Argument liegt zweifelsohne in dem innigen Zusammenhange unserer Frage mit einzelnen Grundsätzen des Naturrechtes und der durch dasselbe ausgebildeten Doctrin vom titulus und modus acquirendi. Allerdings gehört diese letztere Lehre, sowie das sog. Naturrecht selbst, bereits der Vergangenheit an, so daß jener Berufung, was unsere modernen Jagdgesetze betrifft, keine Bedeutung beigemessen werden darf [230]). Allein erstlich steht fest, daß das a. b. G.-B. und das preuß. Landr., wie überhaupt, so insbesondere bei Gestaltung des Eigentumserwerbes durch Zueignung unter dem Einflusse des Naturrechtes standen [231]) und daß namentlich die Lehre vom tit. und mod. acq. in diese Codificationen Eingang fand [232]). Sodann

in der Wildoccupation nichts weiter als einen Separationsact erblicken, so insbes. Brünneck i. Archiv, Bd. 48, S. 95, 113 u. 114. Auch Gerber, Deutsch. Privatr. 2.—8. Aufl. behandelt die ganze Frage nach dem Gesichtspunkte „der Separation der Früchte durch einen unbefugten Fremden.“ In Wahrheit ist aber das Wild nicht pars fundi wie die noch ungetrennte Frucht; und Ersteres ist vor der Occupation in Niemandes Eigentum, während die noch nicht separirte Frucht als pars rei dem Eigentümer der Muttersache eigen ist. Diese Verschiedenheit zwischen beiden Fällen ist eine so tiefgehende, daß, wie Schütze, l. c. S. 100—103, gewiß überzeugend ausführt, der Gesichtspunkt „der Fruchtseparation durch einen unbefugten Fremden“ für die Entscheidung unserer Frage als unbrauchbar bezeichnet werden muß. Letzteres gilt natürlich insbesondere für jene Rechte, nach welchen die eigentumserzeugende Thatsache nicht die Separation, sondern die Entstehung der Frucht bildet; so nach preuß. L.-R.; siehe Dernburg, I. § 234.

[230]) Aus diesem Grunde legt Brünneck, i. Archiv, S. 90 u. 94, Anm. 34 auf die erwähnte Doctrin kein Gewicht. Diese Auffassung gilt jedoch nur für jene Gesetzbücher und die auf Grund derselben entstandenen Jagdgesetze, welche die in Frage stehende Lehre nicht aufgenommen haben; so das sächs. G.-B., das Zürcherische G.-B. u. s. w.

[231]) Vgl. Pfaff u. Hofmann, Comm. I. S. 194 ff., insbes. S. 205, Z. IV; es werden daselbst auch § 317 u. 381 citirt als Beispiele für den Einfluß des Naturrechtes auf das G.-B.

[232]) Vgl. über diese Doctrin Hofmann, Tit. u. mod. acq.;

aber dürfen wir nicht vergessen, daß die moderne Jagdgesetzgebung die hier in Betracht kommenden privatrechtlichen Grundsätze, welche die erwähnten Gesetzbücher recipirten, ganz unberührt gelassen hat. Daher ist es für uns von größter Bedeutung, die maßgebenden zur Zeit der Redaction des b. G.-B. geltenden naturrechtlichen Principien, sowie die damalige Gestaltung der Lehre vom tit. und mod. in Betracht zu ziehen [233]).

Schon ein flüchtiger Blick auf die naturrechtliche Doctrin, wie sie uns insbes. in Zeiller's „Natürlichem Privatrecht" 2. Aufl. (Wien, 1808) entgegentritt [234]), verschafft uns die volle Ueberzeugung, daß die Annahme des Eigentumserwerbes durch den Wilderer mit den naturrechtlichen Grundsätzen, aus welchen die bezüglichen Normen des a. b. G.-B. hervorgegangen sind, in grellem Widerspruche sich befände. Zeiller (S. 80) wirft die Frage auf, worin der „rechtliche Titel (Möglichkeitsgrund, Rechtsgrund) der ursprünglichen Erwerbung" (bei herrenlosen Sachen) liege? Die Antwort lautet zunächst: „theils (subjectiv) in dem Urrechte (§ 40), theils (objectiv) in der Herrenlosigkeit der Sache" (S. 81). Was für eine Bewandnis es damit

---

für das öst. Recht insbes. Unger, II. S. 8—13; Randa, Eigentumsr. I. S. 240—243, u. für das preuß. Recht Dernburg, I. § 186.

[233]) Dies gilt namentlich für die öst. Jagdgesetze, welche in der hier in Betracht kommenden Beziehung als in Uebereinstimmung mit dem a. b. G.-B. gedacht werden müssen; vgl. z. B. bezüglich des böhm. Jagdg. oben S. 60, dazu Anm. 106. Auch ist ja durch das Pat. v. 7. März 1849 § 12 und d. Min.-E. v. 15. Dec. 1852, Abs. 1 das Pat. v. 28 Febr. 1786, wenigstens zum größten Theile, in Geltung erhalten worden. Das eben zu benützende historische Moment der Interpretation fällt daher auch heutzutage noch in's Gewicht. Vgl. auch Pfaff u Hofmann, I. S. 186, welche betonen, daß eine falsche Theorie, wenn sie ratio iuris ist — und dies ist hier gewiß der Fall — als „ein vom Gesetze sanctionirtes Princip erscheint, welches von unserer Billigung unabhängig ist."

[234]) Daß obiges Werk Zeiller's für die Interpretation unseres b. G.-B. von nicht geringer Bedeutung sei, unterliegt keinem Zweifel; vgl. z. B. Pfaff u. Hofmann, I. S. 186, Anm. 125.

habe, entnehmen wir genauer aus § 63 u. 64. Hier stellt Zeiller als eine der Voraussetzungen der unmittelbaren Erwerbung auch die hin: es muß „objectiv der Gegenstand nach dem Rechtsgesetze, ohne das Recht eines Anderen zu verletzen, unmittelbar erwerblich sein." Diese Voraussetzung des Eigentumserwerbes wird dahin erläutert: Zur Zueignung (d. i. zum Eigentumserwerbe durch Occupation) wird erfordert, „daß der Gegenstand sich nach dem Rechtsgesetze zugeeignet werden könne." Insbesondere muß derselbe sein „a) herrenlos oder vielmehr rechtlos [236]) und zwar in einer doppelten Bedeutung, nämlich, daß dem Wesen, welches man sich zueignen will, selbst keine Rechte zustehen und daß Niemand ein näheres, ausschließendes Recht darauf erworben habe; indem sonst die angemaßte Occupation eine Rechtsverletzung wäre, die ohne offenbaren Widerspruch nie ein Recht begründen könnte." In diesen Ausführungen finden wir folgende Grundsätze ausgesprochen, welche als neues Argument für die vertheidigte Auffassung erscheinen. Eine Rechtsverletzung kann für den Verletzenden niemals rechtserzeugend wirken, und sodann: ist eine Sache eine anspruchige, so fehlt bei jedem Nichtberechtigten eine Voraussetzung des Eigentumserwerbes: der Titel (Möglichkeitsgrund oder Rechtsgrund). Der Occupationsact ist rechtswidrig, daher nicht rechtserzeugend. Diese Auffassung ging in das b. G.-B. über, was sich schon aus dem Umstande ergeben dürfte, daß wir in Zeiller's Commentar (II. S. 156 u. 159) denselben Gedanken als Erläuterung der §§ 380 und 381 zum Ausdrucke gebracht finden. „Titel" im Sinne unseres Gesetzbuches ist hienach die „rechtliche Möglichkeit" des Erwerbes (Möglichkeitsgrund). Dieser fehlt aber, wenn der Erwerb dem „Rechtsgesetze widerstreiten würde". „Objectiv" liegt der Titel

---

[235]) Dieser Ausdruck ist gerade auf die anspruchigen Sachen, res iacentes, zu beziehen, welche Zeiller, Nat.-Pr.-R., § 85, Anm. ** ausdrücklich erwähnt und worunter er Sachen versteht, auf deren Zueignung Jemand ein „vorzügliches (ausschließendes) Recht" besitzt.

bei freistehenden Sachen in deren „Herrenlosigkeit und ursprünglichen Bestimmung, Sachen als Mittel zu unseren beliebigen Zwecken zu verwenden“, „subjectiv“ aber „in der natürlichen Freiheit sich ihrer zu bemächtigen, weil keines Anderen ausschließendes Recht dadurch gekränket wird.“

Aus Dem, was Zeiller (S. 157, Anm. **) bemerkt, geht weiter deutlich hervor, daß bei ansprüchigen Sachen Derjenige allein, dem ihr Erwerb vorbehalten ist, einen Titel hat und daher erwerben kann. In prägnanter Wortwendung tritt uns diese Auffassung im W.-G. G.-B. II. § 102, 103 (auch § 107 und 108) entgegen [236]), aus welchen die §§ 380 u. 381 (theilweise auch § 382) des b. G.-B. hervorgegangen sind [237]).

---

[236]) Auch im Cod. Theres. findet sich die Lehre vom titulus („vorhergehende Ursach“) u. modus; vgl. insbes. II. 3. Nr. 12, 13 u. II. 4, Nr. 1—4.

[237]) Bekanntlich hat die Lehre vom titulus u. modus acq. im Laufe der Zeit manche Wandlungen durchgemacht; vgl. darüber insbes. Hofmann, l. c. Einerlei nun, ob man unter Titel bei der Occupation z. B. das ius occupandi versteht (Wolf, Jus naturae, II. S. 773), od. den Rechtssatz, daß herrenlose Sachen von Jedem occupirt werden dürfen; gleichgiltig, ob man den Eigentumserwerb bei der Occupation auf den „tacitus ceterorum consensus“ gründet (vgl. Hofmann, l. c. S. 11, Note 29), oder ob man der Vorstellung huldigt, daß die Occupation den Uebergang der Sache aus der communio primaeva in das Sondereigentum vermittle, wo dann wegen des gleichen Rechtes eines Jeden auf die Sache „sua unicuique voluntas“ zum Eigentumserwerbe genüge (Wolf, Jus nat. II. § 173, Anm.) —: alle diese Auffassungen führen zu dem einen Resultate: ansprüchige Sachen können nur vom Occupationsberechtigten zu Eigentum erworben werden.

In gewissem Zusammenhange mit § 380—382 a. b. G.-B. steht auch § 18 d. b. G.-B., welcher, wie § 16 u. 17, als Niederschlag der damaligen naturrechtlichen Doctrin erscheint; vgl. Unger, I. § 60; Pfaff-Hofmann, I. S. 205, Z. IV. Als Beleg dienen insbes. Zeiller's Ausführungen in seinem Comm. I. ad § 16—18. Der erwähnte § 18 spricht gleichfalls für unsere Ansicht. Wenn nämlich nur Derjenige fähig ist, Eigentum zu erwerben, bei dem die gesetzlich geforderten Bedingungen des Eigentumserwerbes vorhanden sind; wenn

Es ist gewiß sehr bezeichnend, daß ältere Schriftsteller, welche die hier aufgeworfenen Fragen erörtern, ihre Ausführungen zum großen Theile auf die Lehre vom titulus und modus gründen und an der Hand dieser Doctrin (soweit mir bekannt ist) sämmtlich zu der Ueberzeugung gelangen, daß der Wilderer durch die Occupation Eigentum an seiner Beute nicht erlange. Statt Aller möge hier wieder Ickstatt genannt sein [238]). Derselbe nimmt geradezu von der Lehre vom titulus und modus seinen Ausgang (I. Thl. § 33 ff.). Titel ist ihm bei der Occupation das Gesetz, welches die Occupation von herrenlosen Sachen gestattet, die causa remota jedoch efficiens des Eigentumserwerbes. Nur eine rechtmäßige Occupation kann demgemäß Eigentum geben (I. § 41); wer also kein Recht zur Occupation hat, der erwirbt, weil der Titel fehlt, auch nicht Eigentum (I. § 62). Der eigentliche Grund, weshalb eine herrenlose Sache durch Occupation zu Eigentum erworben werden kann, liegt darin, weil eine solche Zueignung „Niemandem an seinen Rechten schadet" (I. § 45). Aus dem Allem wird gefolgert: besteht bezüglich einer Sache ein ausschließliches Occupationsrecht, so kann sie nicht mehr herrenlos genannt werden, und es erlangt ein unbefugter Dritter durch die Apprehension an derselben niemals Eigentum (I. § 72 u. 74). Dieser Grundsatz wird dann vollinhaltlich auch auf jagdbare Thiere angewendet; (siehe z. B. I. § 78 ff. u. I. § 105 ff.).

---

außerdem feststeht, daß diese Voraussetzungen beim Wilderer nicht vorliegen, so ergibt sich, daß Letzterer Eigentum an seiner Beute nicht erwirbt. Dieser Auffassung schließen sich wohl auch Diejenigen unserer Commentatoren an, welche zur Erläuterung des § 18 die §§ 382, 385 u. A. citiren; so schon M. Schuster, Commentar, I. (1818), S. 263; außerdem Stubenrauch, ad § 18 a. E. Vgl. auch Cod. Theres. II. 3, Nr. 16 u. 17.

[238]) Dessen bereits öfters cit. Werk bietet uns ein Bild der Doctrin, wie sie zur Zeit des Beginnes der Codificationsarbeiten zu unserem b. G.-B. bestand. Aber auch aus dem Grunde glaube ich auf die Ausführungen gerade dieses Schriftstellers hinweisen zu müssen, weil derselbe, wie die stete Berufung auf ihn in der späteren Jagdrechtsliteratur beweist, kein geringes Ansehen genoß.

Das eben Bemerkte möge genügen, um die Stellung zu kennzeichnen, welche das Naturrecht und insbes. die Lehre vom tit. u. mod. zu unserer Frage einnimmt. Mag auch jene Doctrin theoretisch unrichtig sein, so kann derselben doch, wie zu zeigen versucht wurde, in der hier in Betracht kommenden Beziehung die Bedeutung eines Interpretationsmittels nicht abgesprochen werden; dessen Würdigung drängt uns zu dem Schluße, daß die Behauptung, der Wilderer erwerbe Eigentum an seiner Beute, dem Geiste der die Occupation betreffenden Normen unseres Gesetzbuches widersprechen würde [239]).

Vom Standpunkte jener Gesetzgebungen, welche den Staat als Eigentümer aller herrenlosen Sachen betrachten [240]), kann den bisher für unsere Ansicht vorgebrachten Argumenten noch ein weiteres angereiht werden. Huldigt man nämlich der Anschauung, daß beim Eigentumserwerbe durch Occupation Eigentum an der Sache nicht entsteht, sondern blos sozusagen eine Succession in das Recht des Staates stattfindet: so ergibt sich als unabweisliche Consequenz, daß nur Derjenige Eigentümer wird, an den der Staat sein Eigentum überlassen will. Diese Person ist aber entweder der primus occupans oder (in unserem Falle) der Jagdberechtigte, aber gewiß nicht der Wilderer [241]).

Die bisherigen Ausführungen dürften den Beweis erbracht haben, daß nach öst. Rechte ein Nichtjagdberechtigter durch Occupation Eigentum an seiner Beute nicht erwirbt [242]).

---

[239]) Dies gilt umsomehr für das preuß. L.-R., nach welchem die von ihm recipirte Doctrin vom tit. u. mod. sogar practische Bedeutung besitzt.

[240]) Vgl. über die berührte irrige Doctrin u. die Gesetzgebungen, in welche dieselbe Eingang fand, S. 46—49.

[241]) Aehnlich argumentirt z. B. Jckstatt, II. Cap. § 2 ff. (S. 142 ff.), § 35 (S. 171 ff.). Da die Lehre vom Eigentume des Staates an den herrenlosen Sachen auch in unser b. G.-B., wenngleich sehr abgeschwächt, überging, so dürfte die obige Erwägung immerhin auch für das Letztere nicht ganz bedeutungslos erscheinen. Unbedingt maßgebend wäre aber dieselbe vom Standpunkte des Cod. Theres.; vgl. Anm. 78.

[242]) In der Praxis der öst. u. deutsch. Gerichte ist die hier beantwortete

Gewiß ist dieses Resultat auch de lege ferenda zu billigen. Denn soll der Rechtsschutz des Jagdberechtigten möglichst intensiv sich gestalten, so scheint doch vor Allem gefordert werden zu

Frage bisher so gut wie noch gar nicht entschieden worden. Eine Andeutung enthalten die Erk. des deutsch. R.-G. v. 7. Apr. 1882 (Annalen d. R.-G. Bd. V, S. 489 ff.) u. v. 22. Juni 1882 (Annalen Bd. VI, S. 40). Diese Judicate vertreten das Princip, daß der Jagdberechtigte, der mit Verletzung polizeilicher Vorschriften Wild (in seinem Reviere) occupirt, dennoch Eigentümer desselben wird. Unter Anderem finden wir die Bemerkung: „Der Act der Occupation, durch welchen die Sache „„erlangt““ wird, ist ein an sich gesetzlicher, der volles Eigentum verleiht.“ Die Motivirung lautet: Der Erwerb erfolgt „aus eigenem Rechte des Erwerbers“, und „es wird in keine fremde Rechtssphäre eingegriffen.“ Aus diesen Sätzen läßt sich gewiß folgern, daß der Wilderer nicht Eigentümer wird.

Sowohl die hier vertheidigte Ansicht als die entgegengesetzte Anschauung wird in der älteren Literatur zuweilen auf ganz wunderliche Weise begründet. Als Beispiele solcher Argumentationen mögen nur folgende angeführt werden. So gründet Weingärtler, l. c. S. 58 den von ihm behaupteten Eigentumserwerb des Wilderers auf die Erwägung: »non tenetur restituere; nam licet modus iste capiendi grave peccatum sit, ipsa tamen occupatio non est contra justitiam videatur.« Finsterwalder, l. c. S. 580, Z. 49 argumentirt zu gleichem Zwecke: »quia leges prohibentes venationem sive ingressum in alterius territorium causa venandi non prohibent acquisitionem ferarum, sed usum venationis, idcirco nulla oritur a venatione prohibita restituendi obligatio.« Und später (S. 583) bemerkt derselbe Schriftsteller: Der Occupant erwirbt »iure gentium« ein »ius in re«: »jus autem speciale principum venandi vel capiendi illa animalia est solum aliquod jus ad rem; ius ad rem non praejudicat iuri in re jam acquisito.« Vossius-Westenberg, l. c. S. 341, § 772, stützt seine Ansicht, daß der Wilderer Eigentum nicht erlange, auf die Erwägung: »cum ius venandi in rebus incorporalibus esse censeatur, res autem incorporales in quasi dominio sint, illum qui hoc ius non habet, per occupationem ferae dominium illius non acquirere, facile conficitur.« Zu allen im Texte in Bezug auf die eben erledigte Frage gemachten Bemerkungen siehe auch das eigentümliche Buch: Dyon. Delama, Tractatus de justitia et iure ratione habita ad cod. civ. austr. concinnatus. Ed. II., Tridenti, 1881, S. 37—38, Z. 44 u. 45, S. 39—41, Z. 49 u. 50.

müssen, daß die von einem Dritten vorgenommene Occupation für denselben die Wirkung des Eigentumserwerbes nicht habe. Wünschenswerth wäre es also nur, wenn ein gesetzlicher Ausspruch die bezeichnete Negative in klaren Worten zum Ausdrucke brächte.

2. Die Occupation eines Dritten hat für den Jagdberechtigten die Wirkung des Eigentums-Erwerbes nicht.

Fassen wir nun den zweiten Cardinalpunkt in's Auge. Hat die Occupation des Dritten den Eigentumserwerb auf Seite des Jagdberechtigten zur Folge? [243]) Die Beantwortung dieser Frage ist meines Erachtens, wenigstens was das öst. Recht betrifft, noch schwieriger als die Lösung der soeben erörterten Controverse. Denn das positive Recht bietet uns weit weniger und meist unzuverlässige Anhaltspunkte. Es fehlt nicht an gewichtigen Argumenten weder für die Verneinung, noch für die Bejahung unserer Frage. Dennoch glaube ich, daß sich die Wagschale unbedingt auf die Seite Jener neigt, welche sich der verneinenden Beantwortung anschließen. Vor Allem dürfte folgende Betrachtung maßgebend sein.

In unserem b. G.-B. II. Thl. 3. Hptst. findet sich der Grundsatz ausgesprochen, daß ohne Titel und rechtliche Erwerbungsart Eigentum nicht erlangt werden könne (§ 380). Letztere besteht aber nach § 381 bei „freistehenden Sachen" in der mit Eigentumserwerbsabsicht vorgenommenen Occupation. Fehlt dieser Act, so mangelt eine gesetzliche Voraussetzung des Eigentumserwerbes. In Bezug auf dieses Erfordernis macht es, wie aus der Wortfassung des § 382 und dessen Zusammenhang mit § 380 u. 381 hervorgeht, keinen Unterschied, ob die herrenlose Sache nur von bestimmten Personen oder von Jedem occupirt werden dürfe, ob sie also eine ansprüchige ist oder nicht. Jenes Princip findet nach § 383 auch

[243]) Die wichtigsten Vertreter der bejahenden Meinung (sog. Vermittlungs-, Repräsentations-Theorie), siehe auf S. 108, Anm. 199.

auf den „Thierfang“ Anwendung. So lange also der Jagdberechtigte nicht den Besitz des Wildes erlangt hat, ist er nicht Eigentümer geworden. Besitzergreifung durch den Wilderer genügt nicht [244]). Diese Interpretation, welche durch die zur Zeit der Abfassung des b. G.-B. geltende naturrechtliche Doctrin unterstützt wird [245]), steht übrigens gewiß in vollem Einklange mit dem Wesen des Eigentumserwerbes durch Occupation im Allgemeinen und der Anspruchigkeit einer (herrenlosen) Sache insbesondere. So lange das Wild nicht im Besitze des Jagdberechtigten sich befindet, fehlt ein wesentliches Moment in dem „Entstehungsprocesse“ des Eigentumsrechtes; der Thatbestand des Letzteren ist noch nicht voll. Der Zustand rechtlicher Gebundenheit der Sache wird durch die fremde Handlung keineswegs verändert. Die Veränderung liegt lediglich darin, daß die Sache früher eine non possessa war, jetzt aber eine res possessa ist.

Untersuchen wir jedoch, ob sich nicht vielleicht dennoch gewichtige Argumente für die Ansicht erbringen lassen, daß der Wilderer durch die von ihm vorgenommene Besitzergreifung jene des Jagdberechtigten ersetzt, so daß also Letzterer allerdings durch die fremde Handlung Eigentümer des Wildes geworden wäre? Der Gedanke an ein Repräsentationsverhältnis scheint nahe zu liegen, und dieser Auffassung huldigt denn auch die bereits erwähnte Repräsentationstheorie. Um die Ueberzeugung von der Haltbarkeit derselben, insbesondere für das öst. Recht, zu gewinnen, bedürfte es entweder ihrer Anerkennung durch die Gesetzgebung, oder es müßte dieselbe doch aus Rechtsgrundsätzen allgemeiner Art sich ergeben, welche in die Gesetzgebung Eingang gefunden haben.

---

244) Zu demselben Resultate führt die Betrachtung der einschlägigen Stellen des W.-G. G.-B. II. § 102—108. Dasselbe folgt aus Cod. Theres. II. 3. Nr. 11—14, II. 4. Nr. 1 ff., 16, 17 u. 19, 24 u. 25. Dem gleichen Grundsatze huldigt das pr. L.-R.

245) Es möge in dieser Beziehung die Berufung auf Zeiller's Ausführungen in seinem Nat. Pr.-R. § 57 ff. (insbes. § 63—65) u. in seinem Comm. II. ad 287, 380 u. 381 genügen.

Beides ist unseres Erachtens, wenigstens was das öst. Recht betrifft, nicht der Fall. Weder im b. G.-B., noch in unserer Jagdgesetzgebung findet sich eine Bestimmung, welche mit der Occupation des Wilderers die Wirkung des Eigentumserwerbes für den Jagdberechtigten verbindet. Jene Stellen, welche vom Eigentum des Jagdberechtigten am freien Wilde sprechen, können für diese Ansicht nicht angerufen werden, da ja, wie zu beweisen versucht wurde, jenes Eigentum kein Eigentum im technischen Sinne ist. Dies gilt namentlich von den Normen, in welchen von der Besitzergreifung durch Dritte die Rede ist. § 19 des Pat. v. 1786 [246]) enthält nur die Negative, daß der Wilderer nicht Eigentümer wird. Der Erl. d. Krainer Landesreg. v. 18. Mai 1855 (L.-G.-Bl. Nr. 18), welcher bestimmt, daß das „Eigentum" an einem erlegten Raubthiere dem Jagdberechtigten „verbleibe" [247]), kann gleichfalls nicht als Beweis dafür dienen, daß die Repräsentationstheorie in unsere Gesetzgebung Eingang fand. Denn ist das Eigentum des Jagdberechtigten vor erfolgter Occupation nichts weiter als ein ausschließliches Recht auf Eigentumserwerb, so verbleibt dieses Recht dem Jagdberechtigten auch im Falle der Occupation durch Dritte. Weßhalb sollte denn die Rechtsverletzung das verletzte Recht zu Eigentum im technischen Sinne umgestalten? Für eine solche Behauptung ließe sich wohl kein stichhältiger Grund anführen. In gleicher Weise ist § 4 des Bukowinaer L.-Ges. v. 1. Oct. 1870 (L.-G.-Bl. Nr. 32) zu interpretiren. Auch § 22 d. kroat. Jagdges. v. 1870 darf nicht zur gegentheiligen Ansicht verleiten. Die Wortwendung: das Fallwild „gehört dem Besitzer des Wildbannes, in dem es gefunden worden ist" (ähnlich § 21, „es bleibt") gibt uns durchaus noch keinen Aufschluß über die

---

[246]) Uebereinstimmend die bereits cit. Statth.-Erlässe f. Kärnten Z. 10, f. Oberöst. Z. 15, f. Salzb. Z. 13, f. Steierm. Z. 15. Das Wort „zueignen" in § 22 d. M.-V. v. 15. Dec. 1852 bedeutet wohl „in Besitz nehmen"; vgl. auch kroat. Jagdges. v. 1870, § 22.

[247]) Derselben Ausdrucksweise bedient sich schon die Jäger- u. Fischerei-O. v. Kärnten v. 16. Jän. 1731 (16. Jän. 1732).

Art dieses rechtlichen Gehörens [248]). Auch jene Bestimmungen der mehrmals cit. öst. Landesfischereigesetze, welche festsetzen, es

---

[248]) Das Bemerkte gilt auch von anderen Jagdgesetzgebungen, welche sich ähnlicher Wendungen bedienen. So z. B. das preuß. Jagd-pol.-G. v. 7. März 1850, welches § 24 erklärt, das gefangene Wild „verbleibe im Eigentum" des Jagdberechtigten (Enclavenbesitzers). Diese Norm wird von Manchen, z. B. Brünneck i. Archiv S. 97—99 u. 110—113 (in Verbindung mit 23 dess. Ges.) als Beleg für die Ansicht benützt, daß das von wem immer occupirte Wild Eigentum des Jagdberechtigten (Grundeigentümers) werde. Wie stimmt aber diese Ansicht mit dem S. 96 vorgeführten Resultate zusammen, nach welchem das Jagdr. „heutzutage nicht mehr als ein Eigentum an dem Wilde in seiner natürl. Freiheit", sondern nur als ein „privilegirtes Occupationsrecht" construirt werden kann? Soll jene Stelle mit dieser letzteren Meinung in Einklang gebracht werden, so ergibt sich die Notwendigkeit der im Texte dargelegten Interpretation. Es ist eben m. E. nur eine doppelte Auslegung jener Gesetzesstelle, sowie der entsprechenden Bestimmungen des öst. R., möglich. Entweder man betrachtet den Jagdberechtigten schon vor der Occupation als Wildeigentümer; dann geht durch die Besitzergreifung des Wilderers das Eigentum nicht auf den Jagdberechtigten über, sondern es „verbleibt" demselben. Oder man erklärt das Recht der Jagdberechtigten nicht als Eigentum, sondern als ein Recht anderer Art; dann „verbleibt" ihm dieses Recht, auch wenn ein Dritter occupirt.

Aus dem eben angeführten Grunde vermag ich nicht einzusehen, weshalb Stobbe, II. 2. Aufl. S. 653—654, der doch bezüglich des Bernsteins dem Staate trotz des von der Gesetzgebung gebrauchten Ausdruckes Eigentum i. techn. S. nicht zuschreibt, sondern nur ein ausschließl. Occupationsr., der Ansicht huldigt, daß im Falle der unbefugten Occupation von Bernstein durch einen Dritten das occupirte Object Eigentum des Staates werde. Diese Ansicht wird blos „des Ausdrucks wegen" aufgestellt, während doch Stobbe andererseits hinsichtlich des Jagd- u. Fischereirechtes, welches er ja auch als ausschl. Occupationsr. auffaßt, trotz der angeführten häufigen Wendungen in den Gesetzgebungen den Jagd-(Fischerei-)Berechtigten nicht als Eigentümer des von einem Dritten widerrechtlich Erbeuteten erklärt (II. 2. Aufl. S. 663 u. 676—678). Die in vielen deutschen Jagdgesetzen wiederkehrende Ausdrucksweise, das Wild „gehöre" Demjenigen, in dessen Jagdbezirk es gefunden wird, (vgl. S. 98) kann ebensowenig als Beleg für die Aufnahme der Repräsentations-Theorie in die deutsche Gesetzgebung betrachtet werden,

„bleibe" dem Jagdberechtigten die „Verfügung" über die vom Fischereiberechtigten zum Schutze seines Rechtes occupirten wildlebenden Thieren vorbehalten, können wegen der viel zu großen Allgemeinheit des Ausdruckes als Beweis für die Aufnahme der Repräsentationstheorie nicht dienen [249]).

Das öst. Recht enthält also ebenso wie die deutsche Gesetzgebung keine einzige Bestimmung, welche der Behauptung, daß jene Theorie in das positive Recht Eingang fand, eine feste Stütze zu bieten vermöchte.

Läßt sich aber vielleicht nicht dennoch diese Theorie aus Grundsätzen allgemeiner Art ableiten, welche als Principien der Gesetzgebung bezeichnet werden dürfen? Sollte es uns etwa nicht gelingen, auf dem Wege der Analogie die aufgeworfene Frage in bejahendem Sinne zu entscheiden? Zu solchem Zwecke glaube ich an den schon oft citirten, in der Literatur viel benützten Aufsatz von Schütze anknüpfen zu müßen. Schütze hat nämlich den übrigens schon vor ihm nicht selten ausgeführten Gedanken, daß der Wilderer als unfreiwilliger Repräsentant des Jagdberechtigten zu betrachten sei [250]), aufgegriffen und in Ver-

---

wie die entsprechende im Texte cit. Stelle des öst. Rechtes für die Reception jener Theorie durch Letzteres eine Stütze bietet. Unsere Auffassung der zuletzt berührten Wortwendungen theilt auch Kärger, l. c. S. 22. Preuß. L.-R. I. 9 § 115, eine Stelle, in welcher F. Meyer in Gruchot's Beitr. N. F. V. (1876), S. 561, einen Beweis für die Repräsentationstheorie erblickt, legt dem Eindringling in fremden Grund lediglich eine Ablieferungspflicht auf, woraus aber gewiß noch nicht folgt, daß der Grundeigentümer die Herausgabe der Beute als deren Eigentümer begehren könne.

[249]) Auch Stobbe, II. 2. Aufl. § 143, Anm. 12, findet in der im preuß. u. sächs. Berggeß. enthaltenen gleichen Wortwendung die Anerkennung von Eigentum des Grundeigentümers nicht ausgesprochen.

[250]) Vgl. insbes. Pufendorf, Jus nat. et gent., Lib. IV, c. VI § 7. Derselbe bemerkt: „Penes quem erit dominium ferae contra leges captae? Nam penes captorem id esse ipsi negamus; et princeps eam non cepit. Heic dicendum videtur, istum venatorem principi ultroneam, licet parum gratam, operam praestitisse, adeoque non secus atque alium venatorem,

bindung mit dem Gesichtspunkte einer Verwirkung des erworbenen Eigentums zu Gunsten des Jagdberechtigten eingehend zu begründen versucht (l. c. S. 104 ff.). Dieser Auffassung haben sich Manche ganz oder doch theilweise angeschlossen [251]). Es muß daher auf dieselbe näher eingegangen und insbesondere die Frage beantwortet werden, ob jene Construction vom Standpunkte des öst. Rechtes aus sich vertheidigen lasse. Der Versuch, den behaupteten Eigentumserwerb des Jagdberechtigten auf den Gedanken einer unfreiwilligen Repräsentation zu gründen, hat zahlreiche und entschiedene Gegner gefunden [252]). Auch mich will dünken, daß wir einer solchen Auffassung nicht bedürfen, um den möglichst intensiv zu gestaltenden Rechtsschutz des Jagdberechtigten juristisch zu erklären und daß außerdem dieselbe weder in allgemeinen Rechtsgrundsätzen, noch im positiven Rechte eine Stütze findet.

---

a principe auctoratum, capiendo feras principis fecisse.“ Mit Pufendorf's Ansicht stimmt auch Ickstatt, l. c. S. 39—40 (§ 73) u. S. 189—190 (§ 49), jedoch mit ganz anderer Begründung, überein. Derselben Auffassung begegnen wir unmittelbar vor Schütze auch bei Brünneck, Diss. de dom. ferar.

[251]) Ganz: Kirchstetter, (sogar für d. öst. Recht ad § 383 u. 384, Anm. 2); theilweise, nämlich mit Verwerfung der Idee der Verwirkung: Brünneck (im Einklange mit seiner früheren Ansicht) i. Archiv, S. 97—99 u. i. Gruchot's Beitr., S. 202—203; ebenso Holzschuher-Kuntze, l. c. II. S. 172.

[252]) So bezeichnet Gerber (z. B. 12. Aufl.) § 93 Anm. die in Frage stehende Construction als eine „gewaltsame“. Desselben Ausdruckes bedient sich Thon, l. c. S. 337, Anm. 19; Dernburg, I. § 229, Anm. 8. erklärt dieselbe als „gezwungen“; Brinkmann, l. c. Bd. I, § 56, S. 288, Anm. 22, findet dieselbe „willkürlich“; Roth i. d. Krit. V.-J.-Schr. S. 556 nennt die Idee einer unfreiwilligen Stellvertretung eine „Fiction“; ihm schließen sich an Goltdammer, l. c. S. 33 u. Schmidt, Vorlesungen, I. S. 188; Wächter, Pand., II. S. 134 urtheilt über die Stellvertretungstheorie: „Dies ist eine Fiction, die von keiner deutschen Rechtsquelle aufgestellt wird und gegen alle Principien streitet“; vgl. auch Kärger, l. c. S. 26—27, welcher sich dahin äußert, diese Theorie entbehre gänzlich der positiven Grundlage.

Gewiß setzt jede Stellvertretung ein juristisches Verhältnis voraus, vermöge dessen die Handlung des Vertreters als Handlung des Vertretenen gilt. Da wir es hier mit Occupation zu thun haben, so müssen wir vor Allem fragen, ob denn der Wilderer bezüglich des Besitzerwerbes als Vertreter des Jagdberechtigten in Betracht komme. Denn sobald wir sagen: Der Wilderer hat sich selbst den Besitz erworben, kann der Jagdberechtigte nicht Eigentümer geworden sein, weil bei herrenlosen Sachen der Besitzerwerb eine unerläßliche Voraussetzung des Eigentumserwerbes bildet. Sind also die allgemeinen Voraussetzungen des Besitzerwerbers durch Stellvertreter gegeben, (Randa, Besitz, § 20, S. 400—401), so wird der Jagdberechtigte Eigentümer, sonst nicht. Jene Voraussetzungen treffen aber in unserem Falle gewiß nicht zu. Ein Rechtsverhältnis zwischen Jagdberechtigten und Wilderer, an welches unsere Gesetzgebung grundsätzlich die bezeichnete Wirkung knüpft (Randa, Besitz, S. 400 bis 401), besteht an sich nicht [253]). Der Wille des Wilderers geht dahin, nicht für den Jagdberechtigten, sondern für sich oder einen Dritten zu erwerben. Endlich müßte doch der Jagdberechtigte, wenigstens wenn er eigenberechtigt ist, den Erwerbswillen haben. Gegen seinen Willen kann er durch die fremde Handlung weder Besitz noch Eigentum erlangen [254]). Dieser

---

[253]) Vgl. das bei Ihering, Mitwirkuug f. fremde Rechtsgeschäfte i. d. Jahrb. f. die Dogm., I. (1857) S. 334 angeführte Beispiel.

[254]) Alle diese Erfordernisse hebt gerade bezüglich des Eigentumserwerbes hervor der Cod. Theres. II. 3, Nr. 19: „Nicht allein durch sich selbst, sondern auch durch Andere kann Jemanden das Eigentum erworben werden, wann die Handlung in seinem Namen und zu seinen Handen vorgenommen worden, und entweder sein Befehl vorhergegangen oder seine Gutheißung erfolget, oder der Andere zu dieser Handlung von dem Gesatz begewaltiget wäre, als Vormündere u. Curatores.“ Von diesem allg. Grundsatze dürfen nur dann Ausnahmen gemacht werden, wenn sich solche im Gesetze vorfinden, was aber im vorliegenden Falle gewiß nicht zutrifft. Wohl dasselbe wie die cit. Stelle des Cod. Theres. wollen W.-G. G.-B. II. § 75 u. fast gleichlautend a. b. G.-B. § 355 sagen.

letztere Gesichtspunkt erscheint uns von ganz besonderer Bedeutung für die Entkräftung der Repräsentationstheorie. Sehr nahe liegt nämlich die bisher unbeachtet gebliebene Frage: läßt sich jene Auffassung auch während der gesetzlichen Schonzeit vertheidigen? So lange diese dauert, ist die Occupation einem Jeden, auch dem Jagdberechtigten, gesetzlich verboten. Da man nun davon ausgehen muß, daß der Jagdberechtigte nicht im Widerspruche mit dem gesetzlichen Verbote erwerben wolle, so würde die Repräsentationstheorie während der Schonzeit nichts weniger bedeuten, als Eigentumserwerb des Jagdberechtigten gegen seinen Willen, wie gegen oder doch ohne den Willen des Vertreters [255]). Ist die Annahme einer Repräsentation bei der Wildoccupation durch Dritte schon überhaupt eine Fiction, wie ja selbst Schütze l. c. S. 105 u. 108 zugesteht, so würde in dem letztgenannten Falle dieser Fiction eine geradezu maßlose Ausdehnung gegeben, welche dieselbe als unbedingt unzulässig erscheinen läßt.

Auf allgemeine Grundsätze kann also die Repräsentations-Theorie nicht gestützt werden. Es erübrigt uns aber noch die Untersuchung, ob wir denn nicht vielleicht auf dem Wege der Analogie zu einer solchen Auffassung gelangen? Wir bedürften zu diesem Zwecke eine Reihe gleichartiger das ist solcher Fälle, deren Thatbestand in allen wesentlichen Momenten mit dem unsrigen übereinstimmt, und es müßte außerdem in der Entscheidung jener Fälle ein bestimmtes Princip deutlich hervortreten. Nur unter dieser Voraussetzung könnte auch ein einzelner analoger Fall in Betracht kommen und die Analogie der in Frage stehenden Theorie zur Stütze dienen. Handelt es sich ja doch um eine Abweichung von allgemeinen Grundsätzen. Schütze hat denn auch (l. c. S. 105 u. 106) thatsächlich zu dem Mittel der Analogie gegriffen, jedoch unseres Erachtens der eben bezeichneten Vor-

---

[255]) Dasselbe gilt übrigens auch dann, wenn die Schonzeit lediglich durch den Jagdberechtigten festgesetzt worden ist. Auch in diesem Falle müßte man vom Standpunkte der Stellvertretungstheorie Eigentumserwerb des Berechtigten gegen seinen Willen annehmen.

aussetzung ihrer Beweiskraft nicht zu entsprechen vermocht. Es werden nämlich Einige jener Fälle benützt, in welchen das röm. Recht eine sog. rei vind. utilis gab [256]). Bekanntlich sind dieselben in vielen Punkten sehr bestritten. Schütze's Ausführungen dürften schon deswegen auf schwankender Grundlage stehen. Aber ganz abgesehen davon beziehen sich ja jene Fälle auf den derivativen Erwerb (Eigentumserwerb durch Tradition), während wir es hier mit einem originären Erwerb zu thun haben. Schon deswegen sind die Voraussetzungen analogischer Rechtsanwendung nicht vorhanden. Aber auch nach einer anderen Richtung hin muß ein Gleiches behauptet werden. Allgemein wird Ihering (l. c. S. 175) beigestimmt, welcher bemerkt: „die einzelnen Fälle .... sind zu verschiedenartig und isolirt, als daß sie sich unter ein höheres Princip bringen ließen. Nach dieser Seite hin gewährt daher unsere Lehre einen höchst unbefriedigenden Eindruck, sie bietet uns hier nur eine Summe von zufälligen, positiven Einzelnheiten. Allerdings könnten wir sie auf eine gemeinsame Quelle zurückführen — die durch die Eigentümlichkeit des Verhältnisses motivirte Billigkeit einer Begünstigung. .... Eben weil die Klage als eine Begünstigung aufzufassen ist, haben wir sie, wie die sonstigen Privilegien .... auf die in den Quellen namhaft gemachten Fälle zu beschränken; eine analoge Ausdehnung derselben ist mithin unstatthaft. ....“ Diese Bedenken sind selbst Schütze nicht fremd geblieben (l. c. S. 106) und sie sind so schwerwiegend, daß die Berufung auf jene „Singularitäten“ die Fiction einer unfreiwilligen Stellvertretung für unseren Fall gewiß nicht zu rechtfertigen vermag [257]). Dies muß insbesondere nach öst. Rechte gelten, für welches ja die bezeichneten Fälle gar nicht einmal in Betracht kommen.

---

[256]) Siehe dieselben, sowie deren Erörterung, insbes. bei Ihering. Uebertragung d. rei vind. auf Nichteigentümer, i. d. Jahrb. f. d. Dogm, I. (1857) S. 120 ff., u. Kindervater, Ueber d. rei vind. utilis, in Bekker's Jahrb. d. gem. deutsch. R., Bd. VI, (1863) S. 337 ff.

[257]) So auch Goltdammer, l. c. S. 33.

Blos der Fall der Kriegsbeute, auf den sich auch Brünneck (Archiv, Bd. 48, S. 97—98) beruft, könnte, da der Thatbestand mit dem unsrigen im Wesentlichen identisch ist, einen Anhaltspunkt für die Vertheidigung der Repräsentationstheorie bieten. Aber gewiß erscheint es gewagt, einen einzelnen Fall, in welchem ja ein allgemeines Princip nicht zu Tage tritt, in der bezeichneten Richtung verwerthen zu wollen. Und sodann dürfen wir nicht vergessen, daß die Grundsätze des römischen Rechtes vom Erwerb der Kriegsbeute durch kein modernes Particularrecht (nicht einmal preuß. L.-R., sächs. Civ.-G.-B.) vollkommen rein recipirt worden sind; daß insbesondere diese Frage vorherrschend zu einer völkerrechtlichen geworden ist, somit privatrechtliche Gesichtspunkte kaum in Betracht kommen. Endlich dürfte es gerade nach öst. Recht keinem Zweifel unterliegen, daß bei erlaubtem Beutemachen das Erbeutete stets Eigentum des Staates wird und höchstens durch Zuschlag oder Zuweisung an Privatpersonen übergeht, so daß wir es hier in Bezug auf Letztere strenge genommen nicht mit einem reinen Falle des Eigentumserwerbes durch Occupation zu thun haben [258]).

Wenden wir uns nun zu dem zweiten Rechtsgrunde, auf welchen Schütze den Eigentumserwerb des Jagdberechtigten stützt, die Verwirkung. An dem Grundsatze festhaltend, daß auch die unbefugte Occupation dem Occupanten Eigentum gibt, sucht Schütze durch Verknüpfung zweier Gedanken — unfreiwillige Repräsentation und Verwirkung wegen der Widerrechtlichkeit des Erwerbes, u. zw. zu Gunsten des Jagdberechtigten — zum angestrebten Ziele zu gelangen (S. 106 ff.). Gegen den Gesichtspunkt der Verwirkung dürften folgende Bedenken rege

---

[258]) Siehe schon den 23. Kriegsart. v. 1808, sodann § 2 d. Mil. Dienstregl. v. J. 1860, 2. Thl., 2. Hptst., 4. Abschn.; Mil. Dienstregl. v. 9. Aug. 1873, II. Abs. 391, auch d. 42. Marinekriegsart. v. J. 1803 u. s. f. Ueber d. preuß. R. vgl. Dernburg, I. § 231 a. E. Endlich darf nicht unbemerkt bleiben, daß die Erbeutung nicht unbestritten einen Fall des Eigentumserwerbes bildet; dagegen Heffter, Völkerrecht § 136.

werden [259]). Vor Allem muß auch dieser Auffassung gegenüber die Frage aufgeworfen werden, ob sich irgend ein allgemeines Princip findet, welches die Annahme einer Verwirkung in unserem Falle rechtfertigt. Diese Frage ist wohl entschieden zu verneinen. Ein solches Princip müßte doch mindestens ungefähr so lauten: wenn durch eine widerrechtliche Handlung das Eigentum einer Sache erworben wird, deren Erwerb einer bestimmten Person ausschließlich vorbehalten ist, so verwirkt der Erwerber sein Recht zu Gunsten des Berechtigten. Weder das röm. noch das moderne Recht aber kennt einen derartigen allgemeinen Grundsatz. Diese Thatsache findet gewiß in dem Umstande ihre Erklärung, daß die Verwirkung (i. e. S.) stets als eine durch das Gesetz zum Zwecke der Bestrafung an eine Normwidrigkeit geknüpfte Rechtsminderung erscheint [260]). Die Verwirkung ist also eine besondere Form der Strafe; diese ist aber blos eine der möglichen Rechtsfolgen einer Normwidrigkeit. Ein allgemein durchgreifender Gesichtspunkt, welcher ein Kriterium enthielte für die Beantwortung der Frage: wann hat der Gesetzgeber in Form der Verwirkung, wann zugleich oder blos in anderer Form zu strafen? wann ist Verwirkung auszusprechen, wann außerdem oder lediglich eine Rechtsfolge anderer Art? läßt sich meines Erachtens nicht auffinden. Und daraus erklärt sich denn auch die Erscheinung, daß die in einer Gesetzgebung normirten Verwirkungsfälle auf ein einheitliches Princip sich nicht zurückführen lassen.

Aus dem eben gekennzeichneten Charakter der Verwirkung

---

[259]) Die Idee der Verwirkung zu Gunsten des Jagdberechtigten hat beinahe ausnahmslosen Widerspruch gefunden, selbst von Seite Jener, welche der Repräsentationstheorie huldigen; vgl. z. B. Brünneck i. Archiv, S 97; Holzschuher-Kuntze, l. c. II. S. 172; siehe außerdem Goltdammer, l. c. S. 33 u. 34; Schmidt, Vorlesungen, I. S. 188; Gerber, (12. Aufl.) § 93, Anm. 1. Begründet freilich wird diese Verwerfung entweder gar nicht oder doch in ganz unzureichender Weise.

[260]) Ueber Begriff u. Function der Verwirkung vgl. Thon, l. c. S. 29—32 u. S. 39—40.

ergibt sich aber eine wichtige Consequenz. Verwirkung ist dem Bemerkten gemäß, mindestens primär, als eine an die Normwidrigkeit geknüpfte Strafe aufzufassen. Dies gibt selbst Schütze zu (S. 104). Keine Strafe aber ohne Schuld. Gewiß lassen sich nun Fälle denken, in welchen die unbefugte Wildoccupation blos objectiv als Rechtsverletzung sich darstellt. Hier könnte somit eine Verwirkung gar nicht eintreten. Wären wir also auf die Zuhilfenahme der Idee der Verwirkung angewiesen, um die juristische Construction unseres Falles zu ermöglichen, so kämen wir zu dem absonderlichen Schluße: bei blos objectiv widerrechtlicher Occupation tritt Verwirkung nicht ein; der Jagdberechtigte erwirbt daher auch nicht Eigentum am erbeuteten Wilde; das Gegentheil gilt blos dann, wenn die unbefugte Occupation auch subjectiv widerrechtlich erscheint. Mit diesem Resultate aber dürfte man sich kaum einverstanden erklären [261].

Um nun die Idee der Verwirkung seinen Zwecken dienstbar zu machen, beruft sich Schütze auf mehrere dem römischen Rechte entnommene Fälle, welchen das Princip gemeinsam sein solle: „Eigentumsverlust zur Strafe" und zugleich zu Gunsten bestimmter Dritter (l. c. S. 107 ff.). Der Versuch, die Analogie zur Bekräftigung der in Frage stehenden Auffassung zu verwenden, dürfte schon aus dem Grunde als unzuläßig erscheinen, weil wir es hier mit Normen zu thun haben, die primär als strafrechtliche sich darstellen, so daß also ihre Ausdehnung im Wege der Analogie von Vornherein ausgeschlossen ist [262]. Uebrigens kennt das öst. Recht, die Schatzfindung ausgenommen, jene dem röm. Rechte eigenen Fälle nicht, so daß dieselben wenigstens

---

[261]) Der Gesichtspunkt der Verwirkung ist offenbar auch dann ausgeschlossen, wenn, wie z. B. nach öst. R. bei Raubthieren, die Occupation selbst Jedem gestattet ist und nur die Verpflichtung zur Ausfolgung der Beute an den Jagdberechtigten besteht. Das Moment der Widerrechtlichkeit des Occupationsactes entfällt hier gänzlich und damit der Gedanke der Verwirkung.

[262]) Vgl. auch Brünneck i. Archiv S. 97 u. Goltdammer, l. c. S. 33.

vom Standpunkte dieses Letzteren nicht in Betracht kommen. Aber selbst abgesehen von dieser Erwägung bieten jene Fälle keine Stütze für das ihnen entnommene Ergebnis [263]). Denn es fehlt auch hier eine Voraussetzung jeder analogischen Rechtsanwendung, die Identität des Thatbestandes in den wesentlichen Momenten. Dort handelt es sich um den Verlust eines rechtmäßig Erworbenen in Folge eines späteren Actes, hier um den Verlust widerrechtlichen Erwerbes. Dort ist das Erwerbs- und das Verlust-Factum zeitlich von einander getrennt; hier dagegen ist die rechtserzeugende zugleich die rechtsvernichtende Thatsache. Dort endlich ist es gleichgiltig, ob der Erwerb ein originärer oder derivativer gewesen, hier dagegen haben wir es stets blos mit Ersterem zu thun. Auch Schütze (S. 101) ist sich dieser Unterschiede bewußt, welche meines Erachtens genügen, um jene Fälle zu dem in Frage stehenden Zwecke als untauglich erscheinen zu lassen.

Eine „schlagende Analogie" glaubt aber Schütze im Schatzerwerbe zu finden (l. c. S. 109—110) [264]). Wird nämlich der Schatz auf fremdem Grunde gefunden, so soll der Occupant (Finder) bezüglich der dem Grundeigentümer zufallenden Schatzhälfte „zufolge rechtlicher Fiction" als „unfreiwilliger Repräsentant" des Letzteren erscheinen; und wenn der Occupant (Finder) widerrechtlich nach dem Schatze gesucht hat, so „verwirkt Ersterer auch seinen Antheil (poenae causa) an den Grundeigner, so daß dieser im Erwerbe des ganzen Schatzes durch jenen unfreiwilliger Weise repräsentirt wird." Abgesehen nun davon, daß die Lehre vom Schatzerwerbe gerade in Bezug auf die hier maßgebenden Punkte als eine streitige und daher als eine sehr

---

[263]) Die Schatzfindung bleibt hier einstweilen außer Betracht; siehe darüber weiter unten.

[264]) Dieser Ansicht hat sich m. W., wenngleich mit theilweise veränderter Begründung, nur Brünneck i. Archiv, S. 98 angeschlossen. Vgl. dagegen Goltdammer, l. c. S. 34. Der gegen seinen Versuch erhobene Widerspruch ist übrigens bisher entweder gar nicht oder nur in unzureichender Weise begründet worden.

unsichere Stütze angesehen werden muß, dürften bei genauerer Betrachtung zwischen dem Fall des Schatzerwerbes und dem unsrigen Unterschiede sich ergeben, welche die Anwendung der Analogie mindestens als sehr bedenklich erscheinen lassen. Diese hier in Betracht kommenden Verschiedenheiten des Thatbestandes aber sind wohl folgende.

Das Wild ist eine zwar herrenlose aber ansprüchige Sache, der Schatz dagegen eine juristisch herrenlose, aber zugleich rechtlose Sache [265]). Ein weiterer wesentlicher Unterschied liegt in dem Umstande, daß die Occupation herrenlosen Wildes als reiner Occupations-Fall sich darstellt; objectiv ist die Besitzergreifung allein die rechtserzeugende Thatsache. Daß ein Gleiches hinsichtlich des Schatzerwerbes gelte, ist nun allerdings wenigstens in früherer Zeit häufig behauptet worden. Allein heutzutage wird diese Ansicht selbst für das röm. Recht als unrichtig bezeichnet und ein Gleiches vom Standpunkte des gem. deutsch. Rechtes sowie der meisten modernen Particularrechte behauptet. Ein reiner Occupationsfall liegt nach dieser Ansicht nicht vor. Vielmehr ist beim Schatzerwerb die rechtserzeugende Thatsache die Entdeckung [266]). Diese Auffassung muß insbesondere vom Standpunkte des heutigen öst. Rechtes,

---

[265]) So wenigstens nach röm. R. u. nach den meisten modernen Particularrechten, insbes. nach preuß. L.-R. I. 9, § 74 ff. und nach heutigem öst. R., a. b. G.-B. § 398—401; anders nach d. W.-G. G.-B. II. § 2 u. 126. Ueber das sächs. C.-G.-B. § 233 ff. vgl. Anm. 223. Gleichgiltig für unsere Frage erscheint der Unterschied, daß das freie Wild erwiesenermaßen keinen Eigentümer hat, während beim Schatz der Eigentümer blos nicht erweislich ist. Juristisch sind Beide herrenlos.

[266]) Vgl. namentl. Windscheid, Pand. I. § 184, Z. 4, Anm. 9; Baron, Pand. (1872), § 138; Bruns in Holtzendorff's Encyclop. I. S. 299, (2. Aufl. S. 362); Pagenstecher, Eigent. I. S. 82; Stobbe, II. 2. Aufl. § 149, S. 647; Dernburg i. d. Heidelb. Krit. Zeitschr. I. S. 148; Sell, Versuche, I. S. 170 ff.; Unger, Ueb. d. revid. sächs. Entw., S. 109 u. 110. Nach manchen Rechten sind übrigens Entdeckung und Occupation die eigentumserzeugenden Facten.

sowie des preuß. L.=R. als die richtige angesehen werden [267]). In zwei wesentlichen Beziehungen ist also der Thatbestand der verglichenen Fälle ein verschiedener, daher die Analogie als ausgeschlossen erscheint. Dazu kömmt noch, daß sich die gesetzliche Behandlung des Schatzerwerbes durchaus nicht als Ausfluß eines allgemeinen Principes, sondern als Singularität darstellt, so daß schon deswegen die Berufung auf Analogie als bedeutungslos

---

[267]) Siehe in Bezug auf Ersteres Dernburg, Preuß. Pr.=R. I. § 233. Was das öst. R. betrifft, so hat sich eine comm. opinio noch nicht gebildet. Stubenrauch, (4. Aufl.) ad § 399, Z. 2 erklärt, der „Finder erwerbe durch Occupation"; Kirchstetter, 4. Aufl. S, 219, bemerkt: „Der Schatzfinder selbst erwirbt das Eigentumsrecht nach Analogie der Occupation". Die Meisten unserer Commentatoren übergehen übrigens diesen Punkt gänzlich. Die richtige Ansicht dürfte jedoch sein, daß der Finder durch die mit Occupationswillen verbundene Entdeckung (§ 394) Eigentümer wird. Darauf deutet schon die Wortfassung der §§ 398—401 hin, welche stets nur vom Finder sprechen; (siehe insbes. § 399 u. § 401, ähnlich W.=G. G.=B. II. § 126—129; vgl. auch Hfzd. v. 16. Juni 1846). Die Einreihung in das Hptst. von der „Erwerbung des Eigentums durch Zueignung" steht dieser Auffassung nicht entgegen. Auch der Erwerb verlorener Sachen ist daselbst normirt; und doch unterliegt es keinem Zweifel, daß wir es hier nicht mit einem Falle des Eigentumserwerbes durch Occupation, sondern in Folge von Verschweigung zu thun haben; vgl. Unger, II. 281—283, Stubenrauch, (4. Aufl.) I. S. 489; Kirchstetter ad § 388—397; Randa, Eigentumsr., I. S. 240 u. 246. Wer übrigens die systematische Anordnung des erwähnten Hptst., wie dieselbe in den Marginalrubriken zum Ausdrucke kömmt, im Zusammenhange mit der Fassung der einzelnen Bestimmungen genau betrachtet, der dürfte auch auf diesem Wege zu der vertretenen Ansicht gelangen. Anders verhält es sich z. B. nach dem sächs. C.=G.=B. § 233, aus welchem hervorgeht, daß die „Besitzergreifung" bei der Schatzfindung als die eigentumserzeugende Thatsache anzusehen sei. Aber auch hier hat dieser Occupationsfall manche Eigentümlichkeiten, daher derselbe von Schmidt, Vorlesungen, I. § 53, zu den Fällen der „unächten Occupation" gezählt wird. Wohl übereinstimmend mit dem öst. R. das Zürcherische C.=G.=B. § 632 u. 633; ebenso Codice civ. ital. art. 714, dazu Pacifici-Mazzoni, Istituzioni, 2. ed. l. III. 1. S. 11 und Code civil art. 716, dazu Laurent, l. c. VIII. S. 335 u. 539.

bezeichnet werden muß [268]). Nach einer anderen Richtung hin gestatten Schatzfindung durch einen Anderen als den Eigentümer des Fundortes und Wildoccupation durch einen Dritten allerdings einen Vergleich, jedoch nur dann, wenn eine positive Rechtsnorm vorliegt, welche dem Jagdberechtigten das Eigentum an dem von dem Dritten occupirten Wilde zuspricht. Unter dieser Voraussetzung nämlich ist unseres Erachtens der Schatzerwerb durch den Grundeigentümer und der Wilderwerb durch den Jagdberechtigten in gleicher Weise juristisch zu construiren. Auf diesen Punkt müssen wir später zurückkommen.

Die aufgeworfene Frage: erwirbt der Jagdberechtigte das Eigentum an dem von einem Dritten occupirten Wilde? ist im Hinblick auf die vorliegenden Ausführungen dahin zu beantworten: Die Repräsentationstheorie hat im öst. und deutsch. Rechte weder ausdrückliche noch stillschweigende Anerkennung gefunden und kann auch nicht auf allgemeine Rechtsgrundsätze gestützt werden.

Nicht unerwähnt dürfen zwei gerichtliche Entscheidungen bleiben, welche mit diesem Resultate übereinstimmen. Ein Erk. d. bayr. Kass.-H. v. 7. Mai 1877 (Goltdammer's Archiv Bd. 26, S. 364—365) erklärt: nur wenn der Jagdberechtigte selbst oder ein Dritter mit seinem Wissen oder Willen occupirt, wird Ersterer Eigentümer. Die Occupation des Wilderers verschafft somit dem Jagdberechtigten das Eigentum in der Regel nicht. Die Entsch. d. ob. G.-H. v. 10. Mai 1857 (G. U. W. Nr. 1014) bezieht sich zwar nicht auf die Wildoccupation, behandelt aber den Erwerb der insula nata in nicht schiffbaren Flüssen nach § 407 b. G.-B., betrifft also gleichfalls ein ausschließliches Occupationsrecht, so daß diese Entscheidung allerdings in Betracht kömmt. Wir finden in derselben folgende Grundsätze ausgesprochen. § 407 gibt nur den Eigentumstitel. Nach § 380 a. b. G.-B. begründet der Titel allein noch kein Eigentum, sondern es wird dazu „auch eine rechtliche Erwerbungsart erfordert.“ Im

---

[268]) Siehe auch Goltdammer l. c. S. 34.

entschiedenen Rechtsfalle hatte nicht ein Ufereigentümer, sondern ein Dritter den Besitz der Insel ergriffen. Die Entscheidung nimmt an, daß dadurch die Ufereigentümer noch nicht zu Eigentümern der Insel geworden sind, weil „die rechtliche Erwerbungsart mangelt." Dieses wie das erstere Erkenntnis spricht gewiß gegen die Repräsentationstheorie [269]).

B. Gestaltung des (directen) Jagdrechtsschutzes im Falle der Occupation durch einen Dritten.

Die bisherige Untersuchung hat uns vom Standpunkte des modernen öst. und deutsch. Rechtes zu dem mit allgemeinen Rechtsprincipien im Einklange stehenden Ergebnis geleitet: Der dritte Wildoccupant erlangt wohl Besitz, nicht aber Eigentum. Ebensowenig erwirbt, (wenn nicht in concreto ein Stellvertretungsverhältnis vorliegt), der Jagdberechtigte durch die fremde Handlung Eigentum am Wilde. Dieses bleibt also trotz der Besitzergreifung eine herrenlose aber ansprüchige Sache [270]). Wie würde sich nun im Anschlusse an diese Auffassung der Rechtsschutz des Jagdberechtigten gestalten? Hat Letzterer einen Anspruch auf Herausgabe des Wildes oder blos auf Schadenersatz? Bei Beantwortung dieser Fragen muß stets sowohl das Verhältnis des Jagdberechtigten zum ersten Occupanten als zu dritten Erwerbern in's Auge gefaßt werden.

---

[269]) Entscheidungen, welche für dieselbe angeführt werden könnten, sind mir nicht bekannt.

[270]) Ueber die Annahme der Herrenlosigkeit trotz Occupation bemerkt Wächter, Pand. II. S. 134: „Dies würde allerdings aus der Annahme einer ausschließlichen Occupationsfähigkeit des Jagdberechtigten folgen, und so bestimmt es auch das sächs. G.-B; aber gemeines Recht ist dies nicht." In dieser Bemerkung liegt eine Anerkennung der Richtigkeit unseres Resultates, welches sich ja (zum großen Theil) auf die Behauptung stützt: der Jagdberechtigte allein kann durch Occupation Eigentum an dem seinem Jagdrechte unterworfenen Wilde erwerben, u. zw. einerlei, ob dem Gesetze gemäß er allein oder auch ein Anderer occupiren darf.

Der Jagdberechtigte kann sich dem Wilderer gegenüber auf einen verschiedenen Standpunkt stellen. Man kann nämlich die Handlung des Wilderers als Schadenstiftung auffassen. Dieser hat in widerrechtlicher Weise ein fremdes Recht verletzt und dadurch dem Berechtigten einen Vermögensnachtheil zugefügt (a. b. G.-B. § 1293.) Dem Jagdberechtigten steht also, wenn die allgemeinen Voraussetzungen zutreffen, eine Schadenersatzklage gegen den Wilderer zu (§ 1331 u. 1332), welche auch zur Ausfolgung des Wildes führen könnte (§ 1323) [271]. Der Wilderer ist eben verpflichtet, nach Möglichkeit „Alles in den vorigen Stand zurückzuversetzen" [272]. Ist somit das Wild getödtet, so genügt der Wilderer dieser Verpflichtung, indem er dem Jagdberechtigten die Besitznahme des Wildes ermöglicht, was praktisch, aber nicht vom Standpunkte der juristischen Construction, mit der Herausgabe der Beute zusammenfällt. Wäre das Wild blos gefangen und unversehrt, so würde wenigstens in der Regel [273]) durch Freilassung des Wildes im Reviere der status quo wieder hergestellt.

Mit dem Ausdrucke „Schadenersatzklage" sind zugleich die Grenzen, die Unvollkommenheiten dieses Rechtsschutzes bezeichnet. Insbesondere würde dem allgemeinen Grundsatze gemäß, keine solche Klage ohne Schuld, jede Verpflichtung des Dritten entfallen, wenn z. B. das Wild zufällig in seine Macht gelangt ist oder der Occupant von der Ueberschreitung der Jagdgrenze keine Kenntnis haben konnte. Nicht geringe Zweifel drängen sich bezüglich der Frage nach der Zulässigkeit resp. Gestaltung der Schadenersatzklage in jenen Fällen auf, in welchen die

---

[271]) Winiwarter, Comm. IV. erwähnt bei Erläuterung der §§ 1331 u. 1332 ausdrücklich die Verletzung des Jagdrechtes. Blos eine Schadenersatz- oder eine Delictsklage steht nach Stobbe, II. 2. Aufl. S. 678, dem Jagdberechtigten zu; ebenso Schmidt, Vorlesungen, I. S. 88 und wohl auch Gengler, l. c. § 94, Z. 6.

[272]) Ueber diese Verpflichtung eines Schadenstifters siehe Stubenrauch ad § 1323, Z. 2, ad 1331 u. 1332, Z. 1; Winiwarter, IV. S. 538 u. S. 569.

[273]) Ausnahme: wenn z. B. nach der Occupation das Jagdrevier an einen Anderen überging.

Occupation dem Dritten gesetzlich gestattet war, wie z. B. bei Raubthieren. Da außerdem die Klage als persönliche erscheint, so ist sie wohl nur zulässig gegen den Occupanten und dessen Erben, nicht aber gegen dessen Singularsuccessoren. Schwierigkeiten bereitet überdies die Beantwortung der Frage, wie es sich hinsichtlich der Ersatzforderung mit dem Beweisthema verhalte. Manche verlangen den Beweis, daß das Thier von dem Jagdberechtigten in seinem Reviere occupirt worden wäre [273a]). Gewiß mit Recht wird aber ein solcher Beweis von Anderen nicht gefordert [273b]).

Jene Schriftsteller, welche den Wilderer zum definitiven Eigentümer seiner Beute werden lassen, können consequent dem Jagdberechtigten auch nur eine persönliche Klage der bezeichneten Art einräumen [274]). Diese Ansicht hat also notwendig eine Unvollkommenheit des Rechtsschutzes zur Folge, dürfte somit auch vom praktischen Standpunkte aus bedenklich erscheinen [275]). Nach der von uns vertretenen Ansicht ist aber der directe Rechtsschutz des Jagdberechtigten im Falle der Occupation durch

---

[273a]) Schütze, l. c. S. 92, Dahn, Deutsch. Pr.-R. I. S. 72.

[273b]) So z. Stobbe, II. 2. Aufl. S. 678.

[274]) An dieser Folgerung hält thatsächlich auch die franz. Rechtspraxis mit großer Consequenz fest; ja, es sind der Klage hier noch engere Grenzen gesetzt, da sie zur Ausfolgung des Wildes an den Berechtigten nicht führen kann. Vgl. Sorel, l. c. S. 86 ff. und die im Anhange cit. Entscheidungen.

[275]) Schon ältere Schriftsteller, welche der reinen Occupationstheorie huldigen, sind sich der Consequenzen derselben bewußt geworden. Vgl. z. B. Finsterwalder, l. c. lib. III. S. 584, welcher erklärt, das Wild sei weder zu restituiren, noch sei Werthersatz zu leisten, da dem Berechtigten kein ius in re am Wilde zustehe. Dagegen sei das Interesse zu präſtiren: „pro amissa spe illa capiendi contra ius principis vel domini, quantum nimirum aestimatur illa spes seu quantum intererat principi vel domino illud animal non fuisse captum.“ Schadenersatz sei zu leisten, weil „dammum iniustum“ vorliegt. Der dritte Erwerber sei nicht ersatzpflichtig, „quia iniuria illa est personalis tantum et non realis; ideoque parit actionem et obligationem personalem ex parte personae iniuste capientis, et non realem ex parte rei, quae sub nullius adhuc dominio antea fuerat.“

Dritte auf die erwähnte Klage durchaus nicht zu beschränken. Die erörterte Natur des Jagdrechtes enthält den Schlüssel zur Construction der Klage. Die entscheidenden Momente lassen sich in den Satz zusammenfassen: Das Jagdrecht gibt seinem Träger das ausschließliche Anrecht auf Erwerb des im Jagdreviere befindlichen Wildes im Wege der Occupation. Soll dieses Recht seinem Zwecke gerecht werden, so muß der Berechtigte in der Lage sein, den Erwerb nötigenfalls zwangsweise durchzusetzen. In solcher Beziehung muß es principiell gleichgiltig sein, ob das Wild sich noch in Niemandes Besitz oder bereits im Besitze eines Dritten befindet. Die Besitznahme durch einen Dritten verändert weder das Recht des Jagdberechtigten, noch die Rechtslage der Sache in Bezug auf diesen Letzteren. Jenes Recht dauert vielmehr auch jetzt noch fort als ausschließliches Recht auf Erwerb durch Aneignung. Nur nach zwei Richtungen hin ist eine Aenderung eingetreten. Der in dem absoluten Rechte enthaltene Anspruch und damit die persönliche Richtung des Rechtes tritt nunmehr in den Vordergrund. Dieser Anspruch geht dahin: der Beklagte sei schuldig, die Occupation durch den Jagdberechtigten zu gestatten. Die zweite Veränderung liegt in Folgendem. Während früher die Occupation unabhängig von jeder fremden Mitwirkung vor sich gehen konnte, bedarf nunmehr der Jagdberechtigte zu diesem Acte notwendig der gerichtlichen Intervention. Diese Erscheinung ist aber nur die Folge des Besitzerwerbes seitens des Dritten Während früher der Berechtigte einer res non possessa gegenüberstand, ist jetzt das Gegentheil der Fall; (siehe auch § 320 a. b. G.-B). So macht denn der Umstand, daß das Wild nunmehr als res possessa in Betracht kommt, allerdings einen Unterschied in der Form der Ausübung des Aneignungsrechtes: früher Aneignung auch ohne fremde Mitwirkung, jetzt nur mittelst fremder u. zw. gerichtlicher Intervention. Der materielle Inhalt des Occupationsrechtes aber bleibt derselbe [276]). Aus dem

[276]) Als Klage auf Gestattung der Aneignung wird unsere Klage

Gesagten ergibt sich zugleich, daß wenn nicht etwa eine bloße gerichtliche Verwahrung des Wildes während des Processes vorherging, der Jagdberechtigte nicht erst im Momente der gerichtlichen Ausfolgung der Beute an ihn zum Eigentümer der Letzteren wird. Die Uebernahme oder Beschlagnahme des Wildes durch das Gericht erscheint vielmehr als ein für den Berechtigten vorgenommener, also stellvertretender Occupationsact [277]).

Unsere Klage ist also ihrem Endzwecke nach auf das Erhalten des Wildes selbst, nicht etwa auf Wertvergütung gerichtet. Zu diesem Resultate führt auch eine Erwägung allgemeiner Art. Ohne Zweifel gehört zu den Aufgaben und Zielen der Rechtsordnung die Aufrechterhaltung des von ihr gewollten Zustandes. Ist die Rechtsordnung im Stande, trotz der erfolgten Normverletzung das Gewünschte zu erreichen; so wird und muß sie vor Allem diese Erreichung anstreben. Mit anderen Worten: die Frage, ob sog. Erfüllungszwang denkbar ist, wird im Falle einer Normwidrigkeit zuerst aufzuwerfen sein [278]). Auch bei Uebertretung von Verboten kann unter Umständen Erfüllungszwang eintreten. Dieser stellt sich hier dar als „die Summe

---

aufgefaßt insbes. von Gerber, § 93, Anm. 1 (in den späteren Aufl.); Jhering, Passive Wirkungen, S. 472; Dernburg, I. § 229, S. 487; auch Kärger, l. c., von Letzterem freilich mit einer später zu erwähnenden Modification.

[277]) Das Bemerkte gilt nicht blos dann, wenn jedem Dritten die Occupation selbst verboten ist, sondern auch in jenen Fällen, in welchen die Occupation des dem Jagdberechtigten vorbehaltenen Wildes jedem Dritten oder bestimmten Nichtberechtigten gestattet ist. Der Unterschied liegt nur darin, daß im ersteren Falle schon im Momente der Occupation das Jagdrecht verletzt wird, während in letzterem Falle erst dann von einer Rechtsverletzung die Rede sein kann, wenn der Dritte sich der Aneignung des Wildes seitens des Jagdberechtigten widersetzt. Dort ist schon das Erhalten, hier erst das Behalten rechtswidrig; dort war der Berechtigte schon vor der Occupation ausschließlich aneignungsberechtigt, hier tritt diese Ausschließlichkeit erst im Momente der Occupation durch den Dritten ein.

[278]) Darüber, sowie über das unmittelbar Folgende ausführlicher Thon, l. c. S. 40 ff.

aller Rechtssätze", welche den Zweck haben einen Zustand herzustellen, wie er gegenwärtig sein würde, wenn „das Verbot nicht übertreten worden wäre." Das Gesagte findet auf unseren Fall volle Anwendung. Das Occupationsverbot trifft hier Alle mit Ausnahme des Jagdberechtigten. Gelangt also ein Dritter gegen den Willen des Berechtigten in den Besitz des Wildes, so liegt eine Uebertretung des Verbotes vor und es entsteht die Verpflichtung zur Herstellung des normwidrig veränderten Zustandes. Die Erfüllung dieser Verbindlichkeit tritt (bei getödtetem Wilde) praktisch in der Gestalt der Ausfolgung der Beute an den Berechtigten auf. Die Form, in welcher der Erfüllungszwang hier erscheint, läßt übrigens eine doppelte Auffassung zu. Man kann sagen: es ergeht nunmehr an den Thäter das Gebot, den normwidrig veränderten Zustand wieder herzustellen, oder auch: der unrechtmäßige Besitzer ist verpflichtet, die unmittelbare Beseitigung des widerrechtlich herbeigeführten Zustandes durch den Verletzten oder staatliche Organe (Besitz- oder Beschlagnahme) zu dulden.

Das Ergebnis der eben angestellten Betrachtungen läßt sich folgendermaßen formuliren: dem Jagdberechtigten steht eine Klage auf Gestattung der Aneignung zu gegen den ersten Occupanten, sowie gegen jeden weiteren Erwerber, welcher wider Willen des Berechtigten den Besitz des Wildes erlangt hat [279]. In dieser Gestaltung der Klage findet die Natur des Jagdaneignungsrechtes, insbesondere das Moment der Absolutheit, einen adäquaten

---

[279]) An sich befindet sich jeder Dritte dem Berechtigten gegenüber in der gleichen Rechtslage wie der erste Occupant; vgl. Kärger, l. c. S. 180—181. Eine Ausnahme dürfte nur dann stattfinden, wenn es sich um die jedem Dritten oder bestimmten Nichtberechtigten gesetzlich gestattete Occupation eines dem Jagdberechtigten vorbehaltenen Thieres handelt. Denn hier ist die Occupation des ersten Occupanten nicht rechtswidrig, wohl aber der Erwerbsact eines folgenden Erwerbers. Beim ersten Occupanten liegt die Rechtsverletzung im Behalten, bei jedem weiteren Erwerber schon im Erhalten. Praktisch ist dieser Unterschied bezüglich der Occupationsklage des Jagdberechtigten wohl bedeutungslos.

Ausdruck. Will man diese Klage unter einen technischen Begriff subsumiren, so könnte man sie immerhin eine actio in rem scripta nennen, ein Ausdruck, mit welchem die moderne Doctrin ganz allgemein jede Klage bezeichnet, bei welcher das verpflichtete Subject durch den Besitz einer Sache bestimmt wird [280]).

Das gewonnene Resultat steht zweifelsohne auch mit der öst. u. deutsch. Gesetzgebung im Einklange; denn es stellt sich dar als eine notwendige Folge der Natur des Jagdrechtes. Diese aber wurde im Anschluße an das positive Recht zu ergründen versucht. Aber auch abgesehen davon findet unser Ergebnis mehrfache positive Belege. Bereits oben (S. 95—98) wurde dargelegt, daß die deutschen Rechtsquellen und ebenso die öst. Gesetzgebung die Verpflichtung des Wilderers zur Herausgabe seiner Beute an den Jagdberechtigten sehr häufig aussprechen. Wir waren bestrebt, diese Norm juristisch zu erklären. Daß im Falle der Unmöglichkeit der Wiederherstellung des status quo (Unmöglichkeit der Occupation durch den Jagdberechtigten) Entschädigungszwang eintrete, ist lediglich als eine Consequenz allgemeiner Grundsätze aufzufassen. So insbesondere also, wenn das Wild durch den Occupanten vernichtet worden wäre [281]). Daß die Aneignungsklage auch gegen dritte Erwerber gehe, ist in unserer Gesetzgebung

---

[280]) Den öst. Commentatoren ist dieser Ausdruck für unsere Klage fremd. In Stubenrauch, (4. Aufl.) wird derselbe gebraucht für die Occupationsklage auf Grund der §§ 407 u. 410. Unsere Klage hat einige Aehnlichkeit mit der Retractsklage des deutsch. Rechtes. Denn diese geht „auf gerichtliche Anerkennung und Feststellung der Befugnis, das Eigentum an dem betreffenden Grundstücke sich einseitig anzueignen"; siehe Laband, Vermögensrechtliche Klagen, S. 188. Stobbe, II. 1. Aufl. S. 131 (anders 2. Aufl. S. 143) vergleicht die Befugnis des Retrahenten im Falle unbefugter Veräußerung mit jener zur Occupation einer res nullius. Uebrigens ist diese Auffassung der Retractsklage streitig.

[281]) Der Entschädigungszwang tritt übrigens blos beim malae fidei possessor ein, beim bonae f. poss. erst nach Zustellung der Occupationsklage (§ 338 a. b. G.-B.) u. nur unter der Voraussetzung der durch ihn verschuldeten Unmöglichkeit der Wiederherstellung des status quo.

gleichfalls häufig anerkannt. So erklärt § 14 d. Salzb. B.=O. v. 21. Aug. 1772 ausdrücklich, daß der Käufer eines gestohlenen Wildprets dasselbe zurückzustellen habe und wenn dies nicht möglich, ersatzpflichtig sei. Dasselbe bestimmt § 15 d. B.=O. bezüglich der Käufer von Wildhäuten und Bälgen. Die Jäger=, Hötz= u. Paiß.=O. v. 18. März 1675, 6. General (Cod. austr. I. S. 497) setzt fest, es seien den Erwerbern von Wildhäuten diese abzunehmen, wenn bewiesen wird, daß sie von einem Wilderer herstammen. Dasselbe bestimmt das Jagd=Pat. v. 10. März 1712, Abs. „Gebieten" &c. (Cod. austr. III. S. 737—739); ebenso die Jäger= u. Reiß=Gejaids=O. in Oest. u. d. E. v. 17. Juni 1728, Z. 40 (Cod. austr. IV. S. 490—491), und bezüglich erworbener Hirschgeweihe die oberöst. Jäger= u. Reiß=Gejaids=O.v. 24. Nov. 1727 (Cod. austr. IV. S. 453; vgl. auch S. 97, Anm. 170). Auch die Praxis des ob. G.=H. darf nicht unerwähnt bleiben, welche in der Entsch. v. 10. Dec. 1861 (G. U. W. Nr. 1431) einen Ausdruck gefunden hat. Diese erklärt das Fischereirecht als „dingliches, gegen jeden Dritten wirksames Recht [282]); (siehe übrigens S. 71 u. 72). Ein ganz besonderes Gewicht ist außerdem auf jene Normen unserer Jagdgesetzgebung zu legen, welche den Jagdberechtigten bezüglich des Wildes einem Eigentümer gleichstellen, (siehe dieselben oben S. 34 u. 35). Denn wenn wir es auch nicht mit Eigentum im technischen Sinne zu thun haben, so findet sich doch in diesen Bestimmungen der Rechtssatz ausgesprochen: Der Jagdberechtigte soll eine ähnliche Rechtsstellung einnehmen wie ein Eigentümer; der dem Jagdberechtigten zu gewährende Rechtsschutz soll an Intensität dem eines Eigentümers gleichkommen [283])

---

[282]) Ebenso bezeichnet die in Seuffert's Archiv, Bd. 9 Nr. 267 enthaltene Entsch. die Jagdrechtsklage als eine „dingliche" und spricht von der „dinglichen Natur des Jagdrechtes."

[283]) Dieser Gedanke wird auch in der Entsch. d. ob. G.=H. v. 12. Mai 1857 (G. U. W. Nr. 345) in der Bemerkung zum Ausdrucke gebracht: „Der Inhaber einer Jagd wird in älteren u. neueren Vor=

Es entspricht also dem Geiste unserer Gesetzgebung, wenn man, insoweit die zwischen Eigentum und Jagdoccupationsrecht bestehende Verschiedenheit nicht entgegensteht, den Rechtsschutz des Jagdberechtigten nach dem Vorbilde des Eigentumsschutzes zu gestalten sucht. Dieser Gesichtspunkt enthält nicht nur einen gesetzlichen Beleg für die behauptete Zulässigkeit der Aneignungsklage gegen dritte Erwerber, sondern auch zugleich die Grenzen einer solchen Ausdehnung der Klage. Dieselben Beschränkungen, welchen der Gesetzgebung gemäß die Vindication von Mobiliareigentum dem dritten Erwerber gegenüber unterworfen ist, werden auch für die Jagdaneignungsklage gelten müssen. Anderenfalls käme man zu dem Resultate, daß der Rechtsschutz des Anspruches auf Eigentumserwerb ein umfassenderer, intensiverer sei, als der Rechtsschutz des bereits erworbenen Eigentumes. Wenn schon erworbenes Eigentum dadurch, daß es in dritte Hand kömmt, unter gewissen Voraussetzungen von dem Dritten erworben wird, so muß doch gewiß ein Gleiches um so mehr gelten, wenn es sich um eine Sache handelt, bezüglich welcher lediglich ein Eigentumserwerbsanspruch besteht. Sollte ausnahmsweise dadurch, daß eine Sache in dritte Hand gelangt, die Vindication gegen den Dritten zwar nicht ausgeschlossen sein, aber Beschränkungen unterliegen, so würden Letztere auch auf die gegen Dritte gerichtete Wildaneignungsklage Anwendung finden.

Das moderne Recht kennt, deutscher Rechtsanschauung folgend und zugleich in gebührender Würdigung der Verkehrssicherheit, Ausnahmen der eben dargelegten Art, welche, wenngleich im Einzelnen nicht überall gleich gestaltet, dennoch sämmtlich insoferne übereinstimmen, als sie den Schutz des redlichen Erwerbes bezwecken. Was das öst. R. betrifft, so kann in der hier in Betracht kommenden Beziehung § 367 d. a. b. G.-B. (fast gleichlautend W.-G. G.-B. II. § 92) und Art. 306 (siehe auch Art. 308) d. Handels-G.-B. praktisch werden [284].

---

schriften bezüglich der (mit der Jagdausübung) verbundenen Berechtigung u. Verpflichtung dem Eigentümer gleichgestellt."

[284]) Auch § 824 a. b. G.-B. (redlicher Erwerb von einem im-

Alle angeführten Normen sind Ausnahmsbestimmungen streng positivrechtlichen Charakters. Ein allgemeiner Rechtsgrundsatz dagegen, aus welchem sich die principielle Ausschließung der Wildaneignungsklage gegen dritte Erwerber ableiten ließe, ist

---

mitirten Putativerben) könnte möglicher Weise platzgreifen, freilich wohl nur hinsichtlich einzelner Wildtheile (Häute, Geweihe u. dgl.).

Ueber die angeführten Ausnahmsfälle, sowie die correspondirenden Bestimmungen anderer Gesetzgebungen, und über die Rechtsentwicklung, aus welcher diese Ausnahmen von der absoluten Verfolgbarkeit des Mobiliareigentums hervorgegangen sind, vgl. Randa, Eigentumsr. I. S. 297 ff., insbes. S. 297—312. Von den in §. 367 d. b. G.-B. genannten Fällen tritt der zweite (Erwerb von einem befugten Gewerbsmanne) in den Vordergrund. Weniger practisch wäre Art. 306 d. Handels-G.-B., wenn der veräußernde Kaufmann nicht zugleich befugter Gewerbsmann ist. Denn es würde ja dann Art. 306 seines Schlußsatzes wegen in unserem Falle regelmäßig keine Anwendung finden. Schon der Cod. Theres. II. 8, § I u. IV enthielt ausführliche Bestimmungen zum Schutze des redlichen u. entgeltlichen Erwerbes beweglicher Sachen (II. 8, Nr. 15 u. 45), welche im Wesentlichen mit den entsprechenden Normen des heutigen Rechtes übereinstimmen. Als ratio legis wird auch im Cod. Theres. die Verkehrssicherheit hervorgehoben: „wegen Sicherheit gemeinen Handels u. Wandels.“ Die Azzonische Ausarbeitung beruft sich weiter auf die Billigkeit u. auf den Grundsatz »in pari causa melior est causa possidentis«, die Commission in ihrem Vortrage v. 30. Juni 1771 auf deutsche Rechtsquellen u. Juristen (Harrasowsky, Bd. II, Anm. ad Cod. Theres. II. 8, Nr. 43—70).

Abgesehen von dem Gesichtspunkte, welcher für die sinngemäße Ausdehnung der bezeichneten Ausnahmen auf die Jagdoccupationsklage im Texte hervorgehoben wurde, dürfte noch Folgendes zu beachten sein. Die ratio legis jener Ausnahmen paßt auch auf unseren Fall. Hier wie dort haben wir es mit der Ausschließung od. Beschränkung eines an sich gegen jeden Dritten gerichteten Anspruches auf bewegliche Sachen zu thun. Hier wie dort gehört die angesprochene Sache einer fremden Rechtssphäre an. Endlich handelt es sich in beiden Fällen um den Schutz des redlichen und (regelmäßig) entgeltlichen Besitzerwerbes. Schon diese Gleichheit des Thatbestandes rechtfertigt die behauptete Ausdehnung; und dazu kömmt noch, daß die vorhandene Verschiedenheit — Verlust od. Beschränkung erworbenen Eigentums einerseits, eines ausschließlichen Anspruches auf Eigentumserwerb andererseits — das im Texte als entscheidend hervorgehobene Argument (arg. a maiori ad minus) in sich schließt.

niemals Gesetzesnorm geworden. Mit Recht ist daher die Behauptung Bluntschli's [285]) als „willkürlich" bezeichnet worden: wer in gutem Glauben vom Wilderer kauft und Besitz ergreift, erwirbt Eigentum, nicht bloßen Besitz [286]). Diese Ansicht könnte dem Bemerkten gemäß blos auf die Grundsätze gestützt werden, welche die modernen Gesetzbücher bezüglich der Verfolgung des Mobiliareigentumes in dritte Hand aufstellen. Oder es müßte doch wenigstens der Gang, welchen die Entwicklung der Mobiliarklagen im deutschen Rechte genommen, als Beleg für die Richtigkeit jener Anschauung erscheinen. Daß der modernen Gesetzgebung ein Princip in dieser allgemeinen Fassung fremd ist, steht aber ebenso fest, als die Thatsache, daß ein solches überhaupt niemals zu rechtlicher Geltung gelangte. Dagegen tritt uns im deutschen Rechte von Alters her der auch dem heutigen (deutsch. u. öst.) Handelsrechte eigene Grundsatz entgegen, daß gestohlene oder geraubte Sachen von jedem, selbst gutgläubigen Besitzer zurückgefordert werden können; ein Satz, der wenigstens im späteren Mittelalter auf alle Fälle unfreiwilligen Besitzverlustes Anwendung findet. Dieses Princip wurde nun

---

285) Deutsch. Pr.-R., 2. Aufl. (1860) S. 203, Z. 5; ebenso schon in seinen Erläut. zum Zürcher. C.-G.-B., 2. Aufl. (1855) Bd. II, S. 123, Z. 2. Eine ähnliche Ansicht scheint Dernburg, l. S. 487, Z. 2 zu haben, wenn er sagt, Dritte, die vom Wilderer in Kenntnis des Jagdfrevels den Besitz des Wildes erlangen, erwerben Eigentum nicht. Vgl. auch Wächter, Pand. II. S. 134, der die Klage gleichfalls auf den malae f. possessor beschränkt.

286) Gegen diese Behauptung haben sich ausgesprochen: Schütze, l. c S. 111—114. Das Arg. „nemo plus iuris transferre potest" ꝛc. (siehe S. 112 unten) kann übrigens wohl nicht als stichhältig oder doch nicht als ausreichend betrachtet werden, da es zahlreiche Ausnahmen von diesem Satze gibt, und gerade die eben besprochenen Fälle zu denselben gehören. U. E. entscheidet hier der Beweis allein, daß der von Bluntschli behauptete Grundsatz, wenigstens in solcher Allgemeinheit, weder rücksichtlich des Eigentums, noch irgend eines ausschließl. Aneignungsrechtes existirt. Gegen Bluntschli auch Stobbe, II. 2. Aufl. S. 678, Anm. 50; Kärger, l. c. S. 180—181 tritt blos de lege ferenda für ein solches Princip ein.

allerdings bezüglich des bona fide Erwerbes durch Ausnahmen durchbrochen. Allein diese Letzteren waren in den einzelnen Rechten sehr verschieden gestaltet, und namentlich zeigte sich die Tendenz, die Klage blos zu beschränken, nicht auszuschließen [287]). Die eben angedeutete Rechtsentwicklung, die ja auch Bluntschli selbst im Wesentlichen in gleicher Weise darstellt, (l. c. II. Aufl. § 73) steht dem von ihm behaupteten Principe gewiß entgegen, insbesondere wenn man bedenkt, daß das vom Wilderer occupirte Wild im Sinne des früheren deutsch. und des öst. Rechtes als „gestohlenes Gut" erscheint [287]).

Der Grundsatz der unbeschränkten Verfolgbarkeit des Jagdoccupationsrechtes gegen dritte Erwerber findet sich denn auch häufig in den Quellen ausgesprochen. Als Beispiele mögen dienen: § 14 u. 15 der Salzb. V.-O. v. 21. Aug. 1772; Jäger-, Hötz- u. Paiß-Ordnung v. 18. März 1675, 6. General (Cod. austr. I. S. 497); Jagd-Pat. v. 10. März 1712, Abs. „Gebieten" (Cod. austr. III. S. 737—739); Jäger- u. Reiß-Gejaids-O. i. Oest. u. d. E. v. 17. Juni 1728, Z. 40 (Cod. austr. IV. S. 490—491) [289]). In allen diesen Stellen wird dem dritten Erwerber ohne Rücksicht auf dessen bona oder mala fides die Verpflichtung zur Herausgabe des Wildes (der Wildhaut u. dgl.) auferlegt. So erscheinen diese Normen als Beleg für die Unrichtigkeit des von Bluntschli aufgestellten Grundsatzes, zugleich aber

[287]) Ueber die hier berührte Entwicklung der Mobiliarklage des deutsch. Rechtes vgl. z. B. Stobbe, II. 2. Aufl. § 146 u. 147; Laband, Vermögensrechtl. Klagen (1869), S. 70 ff.; Randa, Eigentumsr. I. S 297—304 u. die das. cit. Schriftsteller.

[288]) Nach öst. Handelsrecht (Art. 306 H.-G.-B.) kann daher die Wildaneignungsklage gegen jeden dritten Besitzer angestellt werden, wenn u. insofern die Handlung des Wilderers als Diebstahl sich darstellt, was eben regelmäßig der Fall sein wird. Da nach deutsch. Reichs-Strafr. die widerrechtliche Occupation unoccupirten Wildes kein Diebstahl ist, so könnte nach deutsch. Handelsr. die Aneignungsklage gegen den dritten bonae f. poss. leicht ausgeschlossen sein.

[289]) Z. 41 ebendas. steht nicht entgegen, da hier bloß von Bestrafung die Rede ist, welche mala fides voraussetzt; die Restitutionsfrage ist in Z. 40 entschieden.

als eine Anerkennung des Principes, daß gestohlenes Gut gegen jeden Dritten verfolgt werden kann.

Nicht unpassend dürfte an diesem Orte die Frage erscheinen, ob denn unsere Aneignungsklage auch auf Wildtheile, die ein Dritter occupirt, Anwendung finde? Diese nicht uninteressante Frage, welche übrigens bloß in Bezug auf abgeworfene Hirschgeweihe und Rehstangen erörtert wurde, bildete in Deutschland nicht selten den Gegenstand gerichtlicher Erkenntnisse [290]) und ist nicht nur in der ausländischen, sondern auch in der öst. Literatur lebhaft discutirt worden [291]). Namentlich die ältere Gesetzgebung hat jene Frage sehr häufig ausdrücklich [292]), jedoch sowie die Theorie durchaus nicht immer in gleichem Sinne entschieden. Drei Ansichten stehen sich gegenüber. Nach der einen wird das Geweih dem Finder, primus occupans, nach einer anderen dem Grundeigentümer zugesprochen; nach einer dritten endlich soll dem Jagdberechtigten ein ausschließliches Anrecht auf dasselbe zustehen. Für die zweite Ansicht läßt sich, wenn man vom positiven Rechte absieht, auch nicht ein stichhältiger Grund anführen. Daß das Geweih nicht zur Accession des Grundstückes wird, ist ebenso klar, als daß der Begriff der Frucht oder Nutzung nicht zutrifft. Ohne eine gesetzliche Norm, welche das abgeworfene Geweih dem Grundeigentümer zuweist, die sich aber

---

[290]) Vgl. die Entsch. d. preuß. Ob.-Trib. v. 17. Juni 1875 (Oppenhof's Rechtsprechung, Bd. 16, S. 455) u. v. 19. Oct. 1875 (ebendas. Bd. 16, S. 664).

[291]) Siehe Exterde i. Jaeger's Oest. Zeitschr. f. Verw., Jg. VIII (1875) Nr. 46, Jg. IX (1786) Nr. 8; L. Adler, ebendas. Jg. VIII (1875) Nr. 48 u. 51; A. Mack, ebendas. Jg. VIII (1875) Nr. 50 u. Jg. IX (1876) Nr. 1; Graf O. S....yi, ebendas. Jg. X (1877) Nr. 2; endlich die mit R. bezeichneten Bemerkungen ebendas. Jg. X (1877) Nr. 29 (S. 114—115). Vgl. auch die in den Mittheilungen des steiermärk. Jagdschutz-Vereines Nov.-Heft 1882, S. 67—71 abgedr. Entsch. d. Wiener Landesger., welche zwar im Resultate, in der Begründung jedoch nur sehr zum Theil, mit der im Texte vertretenen Auffassung übereinstimmt. Bezüglich des preuß. R. vgl. Dalcke, l. c. S. 100 ff. u. Wagner, Preuß. Jagdgesetzg., S. 125—128.

[292]) Siehe die S. 97, Anm. 170 cit. Gesetzesstellen u. Weisthümer.

in der öst. Gesetzgebung nicht vorfindet [293]), muß jene Auffassung abgelehnt werden.

Es bleibt uns also die Wahl übrig zwischen der Ansicht, welche den primus occupans zum Eigentümer des Geweihes werden läßt und jener, welche dem Jagdberechtigten das ausschließliche, durch die Occupationsklage geschützte Anrecht zuspricht.

Die erstere Anschauung wird auf die Erwägung gestützt, daß die Occupation eines abgeworfenen Geweihes nicht als Jagdausübung erscheint, da sich das Jagdrecht wohl auf das Wild bezieht, nicht aber auf Substanzen, welche zwar einmal Bestandtheil des Wildes gewesen, dann aber von dem Letzteren dauernd getrennt sind. Ueberhaupt könne der Begriff des Jagens auf die Apprehension „lebloser Gegenstände" keine Anwendung finden, (Dalcke, S. 100). Durch die Trennung werde also das Geweih zu einer herrenlosen u. z. „anspruchlosen" Sache. Auf diesem Standpunkte stehen thatsächlich einige ältere Gesetzesnormen, (Wagner, S. 127—128).

Diese Anschauung dürfte jedoch, wenigstens was das öst. Recht betrifft, nicht die richtige sein. Vielmehr sprechen für das ausschließliche Anrecht des Jagdberechtigten folgende Gründe.

Eine Reihe älterer und vielleicht sogar noch zu Recht bestehender gesetzlicher Bestimmungen entscheidet ausdrücklich in diesem Sinne und bringt hiemit eine Rechtsanschauung zur Geltung, an welcher in Oesterreich seit jeher festgehalten wurde [294]). Einen sehr wichtigen Beleg für die vertretene Ansicht bietet uns der besprochene unserer Jagdgesetzgebung entnommene Grundsatz, daß der Jagdberechtigte bezüglich des in seinem Re-

---

[293]) § 405 b. G.=B. bietet keine Stütze, wie Adler, l. c. meint; diese Argumentation beruht auf einer falschen Interpretation des § 295, 2. S., in welchem angeblich der Satz enthalten sein soll, daß dem Grundeigentümer zugleich das Eigentum an allem auf seinem Grundstücke vorhandenen (in statu libertatis befindl.) Wilde zukömmt. Aeltere deutsche Gesetze weisen dem Grundeigentümer allerdings zuweilen abgeworfene Geweihe zu; vgl. Wagner Preuß. Jagdgesetzg. S. 125.

[294]) Siehe die S. 97, Anm. 170 cit. Gesetzesstellen u. Weisthümer.

viere befindlichen Wildes einem Eigentümer gleichgestellt sein solle. Aus diesem Gesichtspunkte ergibt sich die naheliegende Argumentation: sowie fructus pendentes durch Separation nicht zu herrenlosen Sachen werden, sondern dem Eigentümer der Muttersache zufallen: so werden auch Geweihe durch Trennung nicht frei occupirbar, sondern dem Aneignungsrechte des Jagdberechtigten unterworfen. Die entgegengesetzte Ansicht führt außerdem zu Folgerungen, die man kaum ohne Widerspruch hinnehmen dürfte. Liegt nämlich der Grund, weshalb abgeworfene Geweihe Eigentum des primus occupans werden, in dem Umstande, daß der Wildtheil durch die Trennung zu einer selbständigen und damit anspruchlosen Sache geworden ist: so läßt sich erstlich nicht einsehen, weshalb nicht dasselbe von jedem Wildtheile gelten sollte, und es kann weiter keinen Unterschied machen, ob die Trennung durch menschliches Zuthun erfolgte oder nicht. Wenn also ein Wilderer Geweih und Haut des erlegten Hirsches im Walde zurückläßt, so werden diese Objecte Eigentum des ersten Occupanten. Ja, noch mehr: selbst wenn der Wilderer seine Beute zerstückt und einzelne Stücke im Walde liegen bleiben, so verletzt ein Nichtjagdberechtigter, der sich dieselben aneignet, ein fremdes Jagdrecht nicht [295]. Will man, was wohl anzunehmen sein dürfte, diesen Consequenzen nicht beistimmen, so erkennt man hiemit zugleich die Richtigkeit der Behauptung an, daß auch in den angeführten Fällen dem Jagdberechtigten die Aneignungsklage gegen den dritten Occupanten der Wildtheile zustehe.

Zu der bekämpften Auffassung hat ohne Zweifel die falsche Begriffsbestimmung des Jagdrechtes viel beigetragen. In Gesetzgebung und Rechtsprechung finden wir den Satz ausgesprochen, daß auch die unbefugte Occupation von Fallwild eine Jagdrechtsverletzung sei [296], ein Beweis, daß der Begriff des Jagd-

[295]) In allen angeführten Fällen ist die Rechtslage der Sache, da ja der Wilderer nicht Eigentümer wird, die gleiche, als ob die Separation ohne Zuthun des Occupanten erfolgt wäre.

[296]) Vgl. z. B. § 19 d. Pat. v. 1786, § 22 d. M.-V. v. 15. Dec.

rechtes auf jenen des „Jagens" im buchstäblichen Sinne, d. i. das „Aufsuchen und sich Zueignen jagdbarer wilder Thiere" (Pr. L.-R. II. 16. § 30) nicht eingeschränkt werden dürfe. Die von uns gegebene, aus dem positiven Rechte abstrahirte Definition des Jagdrechtes (siehe S. 23) ist offenbar auch auf die Occupation von Fallwild anwendbar. In diesen das Fallwild betreffenden Bemerkungen liegt aber wegen der großen Aehnlichkeit des Falles gewiß ein Beleg für die Richtigkeit der Behauptung, daß der Begriff des Jagdrechtes der bezüglich abgetrennter Wildtheile vertheidigten Ansicht durchaus nicht entgegensteht.

Es erübrigt uns noch die Beantwortung der Frage, ob der eben dargelegte aus der von uns vertretenen Theorie gefolgerte Rechtsschutz als ein in jeder Beziehung genügender sich erweist. Der Jagdberechtigte soll dem Besitzer des Wildes gegenüber in gleichem Maße geschützt sein, wie ein Eigentümer. Schließt nun die von uns vertretene „Theorie des bloßen Besitzerwerbes" und die im Anschlusse an diese konstruirte Occupationsklage einen so intensiven Schutz in sich? Diese Frage dürfte, wenn wir nicht zu Fictionen unsere Zuflucht nehmen wollen, zu verneinen sein. Der Umstand, daß der Jagdberechtigte durch die Occupation des Dritten das Eigentum des erbeuteten Wildes nicht erlangt hat, dagegen der Occupant zum Besitzer des Wildes geworden ist, macht sich nach mehreren Richtungen hin fühlbar. Dazu kömmt, daß das Jagdoccupationsrecht als ein local beschränktes Recht sich darstellt. Außerdem muß daran festgehalten werden, daß die Klage gerichtet ist auf Gestattung der Occupation, nicht auf Uebergabe der Sache. Aus diesen

---

1852; § 22 d. kroat. J.-G. v. 1870; außerdem die Entsch. d. preuß. Ob.-Trib. v. 23. Nov. 1877 (Oppenhof's Rechtspr. Bd. 181, S. 737 ff.), v. 18. Juni 1868, 2. Juni 1869, 7. Oct. 1869, 20. Nov. 187, (Oppenh. Rechtspr. Bd. 9, S. 386, Bd. 10, S. 375 u. 625, Bd. 198 S. 543); Entsch. d. deutsch. R.-G. v. 13. Jän. 1881 (Bd. 2, S. 721). In allen diesen Entscheidungen wird die Occupation von Fallwild seitens Nichtberechtigter als unbefugte Jagdausübung erklärt.

Momenten ergeben sich insbesondere folgende Consequenzen. Befindet sich das occupirte Wild im lebenden und unversehrten Zustande: so kann der Berechtigte (regelmäßig [297]) lediglich die Freilassung auf dem Jagdreviere begehren, selbst wenn ein noch so schwerwiegendes Interesse vorläge, das gefangene Wild zu übernehmen. Denn der Geklagte ist nicht zur Uebergabe des Besitzes, sondern blos zur Ermöglichung der Occupation verbunden [298]). Das Aufgeben des Besitzes ist an sich noch nicht Verhinderung der Occupation, daher nicht rechtswidrig, so lange nicht durch solchen Act die Möglichkeit der Occupation seitens des Jagdberechtigten vereitelt wird. Den Geklagten trifft somit auch keine Schadenersatzpflicht, wenn er das Wild selbst gegen den Willen des Jagdberechtigten auf dem Jagdreviere in Freiheit setzt.

Die Unvollkommenheit des Rechtsschutzes zeigt sich aber insbesondere dann, wenn man an dem Gesichtspunkte der örtlichen Beschränktheit des Jagdaneignungsrechtes (Beschränkung auf das Jagdrevier) festhält. Sowie Jagdfolge nicht stattfindet [299]): so kann es auch keine Aneignungsklage geben in Bezug auf jenes Wild, welches ohne von dem Jagdberechtigten zu Eigentum erworben zu sein, aus dessen Jagdgebiet in ein fremdes Revier gelangt.

In dieser Beziehung nun muß es gleichgiltig erscheinen, ob das Wild durch menschliche Zuthat, z. B. durch den Wilderer, oder unabhängig von menschlichem Willen [300]) in das fremde

---

[297]) Ausnahme siehe auf S. 149, Anm. 273.

[298]) Diese Auffassung deutet auch Gerber (12. Aufl.) § 93, Anm. 1 a. E. an, indem er sagt: „der Jagdberechtigte ist befugt, . . . die Rückgewährung der Möglichkeit der Ausübung seines Occupationsrechtes an dem gewilderten Thiere zu fordern. Bei erlegten Thieren fällt dies practisch mit einer Forderung auf Auslieferung des Thieres od. Ersatz seines Werthes zusammen."

[299]) § 5 d. Pat. v. 1786 u. d. M.-V. v. 15. Dec. 1852; § 37 d. böhm. Jagdges. v. 1866.

[300]) Z. B. das verwundete Wild fällt in einen Fluß und wird in ein fremdes Jagdrevier geschwemmt; oder Ersteres wird noch lebend

Revier kömmt. Auch muß es, was die Aprehensionsbefugniß des ursprünglichen Jagdberechtigten betrifft, gleichgiltig sein, ob der Wilderer auf dem fremden Reviere noch im Besitze des Wildes betroffen wird, oder ob er sich desselben bereits entäußert hat. In beiden Fällen ist der Jagdberechtigte des letzteren Revieres allein aneignungsberechtigt. Nur wenn man zu einer Fiction greift, ließe sich im gedachten Falle die Fortdauer des Wildaneignungsrechtes und hiemit die Zulässigkeit der Klage des ursprünglichen Jagdberechtigten, so lange der Wilderer noch im Besitze des Wildes sich befindet, juristisch erklären. Man könnte nämlich sagen: sobald der Nachweis erbracht worden ist, daß das Wild auf dem Reviere des A erbeutet wurde, hat dieser das ausschließliche Aneignungsrecht gegenüber jedem Besitzer, wie wenn sich das Wild noch auf dem Jagdreviere des A befände[301]). Zu einer solchen Fiction nöthigen aber weder allgemeine Rechtsgrundsätze, noch fände sie im positiven Rechte eine Stütze. Dieselbe hat vielmehr ihren Grund in dem Bewußtsein der Mangelhaftigkeit des Rechtsschutzes, welcher dem Jagdberechtigten zukömmt, wenn man

---

von einem Hunde in das fremde Jagdgebiet getragen. Auf solche Fälle weist auch Schütze l. c. S. 100 hin, um die Unzulänglichkeit des Rechtsschutzes zu beweisen, welcher sich aus der vertretenen Theorie ergibt. Ueber den Fall, wo ein getödtetes Thier ohne menschliches Zuthun in ein fremdes Revier gelangt, siehe die Entsch. d. preuß. Ob.-Trib. v. 7. Nov. 1867 u. darüber Goltdammer, l. c. S. 24 ff. Vom Standpunkte der gegebenen Definition des Jagdrechtes dürfte die Richtigkeit dieser Entsch. berechtigten Zweifeln unterliegen. Nach öst. R. hat der Jagdberechtigte gewiß ein ausschließl. Recht auf den Erwerb von allem in seinem Reviere befindlichen herrenlosen Wilde im Wege der Aneignung. Daß das Wild in dem Reviere vor der Occupation gelebt habe, kann nicht maßgebend sein. Wie ließe sich sonst der Fall entscheiden, wenn Fallwild vor der Apprehension zufällig, z. B. durch Wegschwemmung, in ein fremdes Jagdgebiet gebracht wird? Im Reviere A war das Wild nicht occupirt und im Reviere B hat es niemals gelebt. Wem ist nun das Wild zuzusprechen? Maßgebend kann also nur sein, ob das Wild, bevor es in das Revier B gelangte, im Reviere A schon Eigentum des daselbst Jagdberechtigten geworden war oder nicht.

[301]) So Dernburg, I. § 229, Z. 2.

an der vom Standpunkte der öst. u. deutsch. Gesetzgebung vertretenen Theorie des bloßen Besitzerwerbes festhält [302]). Selbst wenn man aber, von der Ueberzeugung der Unzulänglichkeit des Rechtsschutzes gedrängt, zu dem Auskunftsmittel jener Fiction greifen wollte, bleiben noch immer Fälle übrig, in welchen der Versuch, durch eine Fiction Abhilfe zu schaffen, geradezu als Gewaltact erschiene. So, wenn der Wilderer das erbeutete Wild in ein fremdes Revier schafft und daselbst den Besitz aufgibt. Zugegeben selbst, daß der Jagdberechtigte auch in diesem Falle die Aneignungsklage gegen den Wilderer anstellen könnte [303]), sobald er in der Lage ist, den Nachweis zu erbringen, daß die Occupation des Wildes auf seinem Reviere erfolgte, so würde sich doch practisch der Anspruch auf Gestattung der Occupation in einen Schadenersatzanspruch verwandeln. Wird ja doch der Beklagte, ohne in das fremde Occupationsrecht einzugreifen, in der Regel nicht in der Lage sein, das Wild in das frühere

---

[302]) Freilich wäre, selbst wenn man zu einer Fiction nicht greift, noch immer folgende Auffassung denkbar. Der Wilderer hat durch die Occupation des Wildes auf dem Reviere des A bloß dessen Aneignungsrecht verletzt. Begibt sich nun der Wilderer mit seiner Beute in das Revier des B, so kann von einem Eingriff in das Occupationsr. des B keine Rede sein, da ja das Wild schon occupirt ist, also die rechtsverletzende Handlung nicht auf dem Reviere des B erfolgte. Dem gegenüber ist aber hervorzuheben: der B hat ein ausschließliches Erwerbsrecht in Bezug auf alles in seinem Reviere befindliche in Niemandes Eigentum stehende Wild. Gleichgiltig ist es, ob Letzteres durch menschliches Zuthun oder unabhängig von menschlichem Willen, ob es todt oder lebendig in sein Revier gelangte. Daher kann B allein die Aneignungsklage anstellen. Allerdings wird der Jagdberechtigte A gegen den unbefugten Occupanten Schadenersatz ansprechen können. Der Wilderer verliert also seine Beute und hat zudem noch Schadenersatz zu leisten, ein Resultat, welches zwar aus der vertretenen Theorie sich ergibt, aber einen Beweis für deren Schwäche bildet.

[303]) Gleichgiltig wird es sein, ob der Beklagte den Besitz vor oder nach Beginn des Processes fahren ließ. Nur würde im letzteren Falle der Beklagte nach Analogie des § 378 den „außerordentlichen Werth" zu ersetzen haben.

Revier zu übertragen, um dem ursprünglich Jagdberechtigten die Aneignungsmöglichkeit zu verschaffen. Wie leicht kann aber der Jagdberechtigte ein großes Interesse daran haben, das Wild selbst, nicht etwa bloß dessen Werth, zu erhalten!

Nur scheinbare Constructions-Schwierigkeiten bietet die Beantwortung der Frage: ist die Aneignungsklage auch während der gesetzlichen Schonzeit rücksichtlich des derselben unterliegenden Wildes zulässig? Man könnte sagen: da in dieser Zeit die Occupation dem Jagdberechtigten verboten ist: so kann solche auch nicht mittelst gerichtlicher Intervention erfolgen. Dagegen muß jedoch eingewendet werden: bei lebendem Wilde ist der Beklagte ohnedies (regelmäßig) nur zur Freilassung auf dem Jagdreviere verpflichtet. Wenn es sich aber um getödtetes Wild handelt: so ist der Sachverhalt juristisch so geartet, als wenn dem Jagdberechtigten gegenüber Fallwild vorläge. In beiden Fällen ist der Tod ohne Zuthun des Berechtigten eingetreten. Sowie also Letzterer Fallwild jederzeit occupiren darf: so muß auch die Aneignungsklage in unserem Falle zulässig sein. Dazu kömmt noch, daß die gesetzliche Schonzeit lediglich als polizeiliche Beschränkung des Occupationsrechtes aufgefaßt werden kann, welche den Eigentumserwerb des während der Schonzeit occupirenden Jagdberechtigten nicht hindert [304]). Die dargelegte Auffassung wird weiter durch den Umstand unterstützt, daß nach der öst. und deutsch. Wildschongesetzgebung nicht schon die während der Schonzeit vorgenommene Occupation, sondern erst die versuchte oder vollendete entgeltliche Veräußerung des Wildes mit der Strafe der Confiscation bedroht wird [305]). Allein selbst dann, wenn eine Gesetzgebung schon die Occupation selbst mit Confiscation bedrohen sollte, dürfte eine solche Bestimmung der Anstellung der Aneignungsklage nicht entgegenstehen. Denn die

---

[304]) Vgl. insbes. Brünneck im Archiv, S. 99—101 u. die bei Wagner, Preuß. Jagdgesetzg., S. 110 cit. Entscheidungen.

[305]) Auf dieses Arg. wird Gewicht gelegt in Wagner, l. c. S. 69, § 7.

Confiscation ist als Strafe [306]) für die Tödtung des Wildes aufzufassen, greift also nicht Platz, wenn es sich um die Aneignung bereits todten Wildes handelt [307]).

C. Der Rechtsschutz des Jagdberechtigten im Falle der Occupation durch Dritte de lege ferenda. Die übrigen ausschließlichen Aneignungsrechte des österreichischen Rechtes.

Die de lege lata angestellte Untersuchung geleitet zu dem Resultate, daß die „Theorie des bloßen Besitzerwerbes," will man nicht zu Fictionen greifen, einen genügenden Rechtsschutz des Jagdberechtigten nicht in sich schließt und überhaupt bei ihrer praktischen Verwerthung manche Schwierigkeiten, manche Unzukömmlichkeiten, im Gefolge hat [308]). Der große Mangel jener Theorie liegt in dem Umstande, daß sie dem Jagdberechtigten keine Vindicationsmacht bietet. Ein ausreichender Rechtsschutz, eine sichere Lösung aller sich aufdrängenden Fragen, wird daher nur ermöglicht, wenn man den Satz aufstellt: Der Jagdberechtigte wird Eigentümer des von wem immer im Reviere occupirten Wildes im Momente der Occupation. Läßt sich auch eine solche Norm, was nochmals betont werden soll, weder aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, noch aus dem öst. und deutschen Rechte folgern: so muß doch de lege ferenda entschieden für dieselbe eingetreten werden. Versuchen wir nun vor Allem die Begründung der Behauptung, daß der bezeichnete Rechtssatz einen intensiven und zugleich einfach gestalteten Rechtsschutz in sich schließt und wenden wir uns sodann zur Beantwortung der Frage: wie läßt sich der durch

---

306) Vgl. die Entsch. d. deutsch. R.-G. v. 7. Dec. 1882 (in Straff. VII. S. 311—313).

307) Ein der Fischereigesetzgebung entnommenes Beispiel bietet die preuß. Fischereiordn. für das frische Haff v. 7. März 1845, § 17 u. 42, welche u. A. als Strafe für polizeiwidrig gefangene Fische deren Confiscation anordnet.

308) Diese Ansicht deutet auch Wächter, Pand. II. S. 134 an.

die Occupation des Dritten vermittelte Eigentumserwerb des Jagdberechtigten juristisch construiren? Die in Beziehung auf die erstere Frage verlangte Motivirung ist offenbar eine sehr naheliegende. Der zum Eigentümer des erbeuteten Wildes gewordene Berechtigte kann mittelst der rei vindicatio die Herausgabe desselben begehren, gleichgiltig wo und in wessen Händen sich das Wild befindet, und einerlei ob dasselbe lebt oder nicht. Die Restitution setzt lediglich den Beweis voraus, daß das Wild im Jagdreviere occupirt wurde und dem Vindicanten daselbst das Jagdrecht zustehe [309]). Die auf Herausgabe des occupirten Wildes gerichtete Eigentumsklage ist übrigens, insbesondere in ihrer Richtung gegen Dritte, an die Beschränkungen gebunden, welche für diese Klage überhaupt gelten [310]).

Den Eigentumserwerb des Jagdberechtigten, welcher ohne sein Zuthun eintritt, beschränken wir jedoch blos auf fremde Occupation. Ausgeschlossen dagegen bleiben alle Fälle, in welchen das Wild, ohne daß eine Occupationshandlung vorliegt, seine Bewegungsfähigkeit verliert, was insbesondere bei Fallwild zutrifft. Manche Schriftsteller treten zwar für den Grundsatz ein, daß auch in Fällen der letzteren Art der Jagdberechtigte zum Eigentümer des Wildes werde, sobald dasselbe außer Stande ist, beliebig den Ort zu verändern [311]). Allein einmal läßt sich diese Auffassung nur construiren, wenn man entweder zu dem bereits erörterten Begriffe des „schwebenden“ und „fixirten“ Eigentumes greift, oder wenn

---

[309]) Ueber die Consequenzen der Auffassung, nach welcher der Jagdberechtigte zum Eigentümer des Wildes wird, siehe Genaueres bei Schütze, l. c. S. 111—112 u. 113; dem daselbst Bemerkten dürfte freilich nicht in jeder Beziehung beizustimmen sein.

[310]) Siehe S. 156—159. Andererseits werden nun auch die §§ 376—378 a. b. G.-B. (Folgen der arglistigen Läugnung des Besitzes u. Klage gegen den fictus possessor) Anwendung finden, Bestimmungen, deren vollinhaltliche Ausdehnung auf die bloße Wildaneignungsklage kaum gerechtfertigt werden könnte.

[311]) So namentl. Bekker i. d. Nachschr. zu Schütze, S. 115; Roth i. d. Krit. V.-J.-Schr. S. 554 ff.; wohl auch Brinz, Pand. I. S. 570.

man das Princip: herrenlose Mobilien können nur durch Occupation zu Eigentum erworben werden, durch eine Ausnahme durchbricht. Ersteres bedeutet die Schaffung eines Begriffes, welcher von dem Eigentume im technischen Sinne wesentlich verschieden ist; Letzteres aber statuirt, ohne daß ein dringendes praktisches Bedürfnis vorliegt, eine der Natur der Sache widersprechende Ausnahme von einem allgemein anerkannten Rechtsgrundsatze. So lange das Fallwild von Niemandem occupirt wurde, bleibt es herrenlos; im Momente der durch wen immer vorgenommenen Besitzergreifung aber wird es Eigentum des Jagdberechtigten. Ein Bedürfnis also, den Eigentumserwerb des Jagdberechtigten schon in einem früheren Zeitpunkte eintreten zu lassen, ist nicht vorhanden. Allerdings sind Fälle denkbar, in welchen unsere Auffassung dem Jagdberechtigten zum Schaden gereichen kann. Möglich wäre es ja immerhin, daß durch irgend einen Zufall die Uebertragung des Fallwildes in ein fremdes Revier erfolgt; z. B. das Wild wird in Letzteres durch ein Gewässer geschwemmt, ein Hund oder Raubthiere tragen oder schleppen das Wild über die Jagdgrenze. Allein einerseits bilden derartige Fälle nur vereinzelte Ausnahmen, und andererseits wird ja, bevor das Wild in das fremde Revier gelangt, meist eine Occupation vorausgegangen sein [312]). Bedenkt man außerdem, daß beim Wilderwerbe durch den Jagdberechtigten der Zufall überhaupt eine große Rolle spielt und daß ja auch in dem sehr gewöhnlichen Falle, wenn das vom Jagdberechtigten sogar schwer verwundete Wild in einem fremden Reviere verendet,

---

[312]) Freilich sollten auch dem Begriffe der Besitzergreifung bei der Wildoccupation keine zu engen Grenzen gezogen werden. Diesem Bedürfnisse trägt die Rechtspraxis in Frankreich Rechnung; vgl. Sorel, l. c. S. 102. Schwere Verwundung wird hienach der vollendeten Occupation gleichgestellt. Wohl zu weit geht der in der franz. Theorie u. Praxis häufig anzutreffende Grundsatz, daß die begonnene Occupation (Verfolgung) ein Recht auf deren Vollendung gebe, (Sorel, S. 109 ff. u. 118 ff.). Ja, es wird unter Umständen das Eigentum am Wilde auch ohne vorhergehenden Besitzerwerb als erworben erachtet, (Sorel, S. 119).

Ersterer schutzlos dasteht: so wird man die gewiß sehr seltenen Fälle der bezeichneten Art als den Jagdberechtigten treffende Zufälle betrachten dürfen, zu deren Unschädlichmachung durch das Recht ein dringendes Bedürfnis zweifelsohne nicht obwaltet. Will man mit dem allgemeinen Rechtsgrundsatze, daß bei herrenlosen Sachen die Besitzergreifung das notwendige Medium des Eigentumserwerbes bildet, nicht in Collision gerathen, so ließe sich der Eigentumserwerb des Jagdberechtigten, wenn das Wild ohne menschliches Zuthun seine Bewegungsfähigkeit verloren hat und eine Occupation nicht vorliegt, juristisch wohl nur durch Zuhilfenahme der Fiction erklären: es sei so anzusehen, als hätte eine Besitzergreifung stattgefunden. Daß aber eine solche Fiction zurückzuweisen ist, dürfte wohl jeder zugeben, der bezüglich der sogenannten wissenschaftlichen Fictionen den richtigen Standpunkt einnimmt.

Den de lege ferenda befürworteten Rechtssatz, freilich aber auch die zurückgewiesene Ausdehnung desselben, finden wir im Entwurfe eines bürg. Gesetzb. f. d. Königr. Bayern, III. Thl. (1864) Art. 117. Derselbe bestimmt nämlich: „Wilde Thiere sind herrenlos, so lange sie sich in ihrer natürlichen Freiheit befinden. Wird jagdbares Wild in einem Jagdbezirke erlegt, gefangen, oder sonst außer Stand gesetzt den Ort zu wechseln, so gehört dasselbe, gleichviel ob dies durch den Berechtigten oder einen Dritten, oder durch Zufall bewirkt ist — Demjenigen, welcher in dem betreffenden Bezirke zur Ausübung der Jagd berechtigt ist. Diese Bestimmung kömmt auch auf Fische in fließenden Gewässern und in Seen zur entsprechenden Anwendung." (Vgl. hiezu die Motive S. 49—50.)

Schreiten wir nun zur Beantwortung der früher angeregten Frage: wenn eine Gesetzgebung den eben beleuchteten Rechtssatz aufnimmt, wie läßt sich der Eigentumserwerb des Jagdberechtigten juristisch construiren? Den Gedanken einer unfreiwilligen Stellvertretung im Erwerbe haben wir als Fiction bezeichnet und zurückgewiesen. Unseres Erachtens sind vielmehr

folgende Momente in Betracht zu ziehen. Der Eigentumserwerb seitens des Jagdberechtigten vollzieht sich unabhängig von dem Willen sowohl des Letzteren als des dritten Occupanten. Wir haben es weiter, wie eben bemerkt wurde, mit keinem Erwerbe durch einen Anderen zu thun. Der Wilderer handelt für sich; daß seine Handlung dem Jagdberechtigten zum Vortheile gereicht, ist dem Willen des Ersteren gegenüber Zufall, nicht Zweck der Handlung. Ebensowenig erscheint der Erwerb des Jagdberechtigten als ein Erwerb von einem Anderen. Das „sachliche" Moment — Uebergang aus dem Vermögen des Dritten — fehlt, wie nicht minder das „persönliche" Moment — Uebergang mit beiderseitigem Willen. Der Jagdberechtigte wird zweifelsohne auch dann Eigentümer, wenn sich der Dritte bezüglich der Rechtsfolgen seiner Handlung im Irrthum befand; ein Satz, der sich eigentlich nur als Consequenz des bereits hervorgehobenen Momentes darstellt, daß der Erwerb unabhängig vom beiderseitigen Willen eintritt. Bona fides des Occupanten (z. B. zufolge Irrtums hinsichtlich der Jagdgrenze) vermag also die fragliche Wirkung der Apprehension nicht zu verhindern. Wir haben es also mit einem „ohne alle Willensthätigkeit erfolgenden Erwerb wegen eines Anderen (capere propter aliquem) zu thun." Hiemit erscheint der rechtliche Charakter des in Frage stehenden Erwerbes genügend festgestellt, um die Ueberzeugung zu gewinnen, daß ein Fall des Erwerbes durch Reflexwirkung im Sinne Ihering's vorliegt [313]). Die von Ihering (l. c. S. 384) gegebene Definition: „die Reflexwirkung ist eine durch besondere Verhältnisse bedingte und ausschließlich durch sie herbeigeführte ökonomisch vortheilhafte (oder nachtheilige) Folge einer in der Person des Einen eingetretenen Thatsache für eine dritte Person" paßt vollkommen auf unseren Fall [314]).

---

[313]) Vgl. Ihering, Die Reflexwirkungen, i. d. Jahrb. f. d. Dogm., Bd. 10 (1871), S. 245—354.

[314]) Zweifelhaft könnte nur sein, ob das Merkmal „durch besondere

Forschen wir weiter im Anschluß an Ihering's Abhandlung nach der Entstehungsquelle, der juristischen Gestalt und dem Grunde unserer Reflexwirkung, so ergibt sich Folgendes. Die Entstehungsquelle ist eine vorübergehende Thatsache rechtlicher Art und zwar eine juristische Handlung, die Occupation. Die Reflexwirkung dieser Thatsache ist juristischer und zwar vortheilhafter Art, nämlich ein Rechts-(Eigentums-)Erwerb. Die Reflexwirkung ist weiter eine „unvergängliche, unwiderrufliche," (Ihering, S. 267—271). Da außerdem die ganze vom Occupanten beabsichtigte Wirkung seiner Handlung, nämlich Eigentumserwerb für sich selbst, dem Jagdberechtigten zufällt, so liegt eine „totale Reflexwirkung" vor, (Ihering, S. 271).

Was endlich die Frage nach dem Grunde unserer Reflexwirkung anbelangt, (Ihering, S. 272 ff.): so ist wohl der Umstand entscheidend, daß derselbe weder aus der faktischen Gestaltung der in Betracht kommenden Verhältnisse mit Notwendigkeit sich ergibt, noch auch als Ausfluß irgend eines allgemeinen Rechtsprincipes erscheint. Die einzige Antwort auf unsere Frage dürfte daher sein: Der Gesetzgeber hat an die fremde Occupation die Wirkung des Eigentumserwerbes für den Jagdberechtigten geknüpft. Daß diese Norm in der Widerrechtlichkeit des Ergreifungsactes, sowie in dem Jagdrechte des Verletzten, oder doch wenigstens in dem Bestreben, dem Jagdberechtigten einen ausgiebigen Rechtsschutz angedeihen zu lassen, ihre Motivirung findet, soll nicht geläugnet werden. Allein dadurch verliert unser Erwerb durch Reflexwirkung den streng positivrechtlichen Charakter nicht. Jene Momente erscheinen lediglich als Veranlassung für den Gesetzgeber, in unserem Falle einem Erwerb durch Reflexwirkung zu statuiren. Ohne

---

Verhältnisse bedingt" (Ihering, S. 285—287) zutreffe. Allein wir haben es nicht mit einer rechtlichen Thatsache zu thun, welche „ihrem Zweck u. Begriff nach notwendiger Weise Wirkungen für zwei Personen erzeugt." Gewiß ist, daß dem Occupanten nicht notwendig ein Jagdberechtigter gegenüber zu stehen braucht.

eine solche Norm aber wären wir nicht berechtigt, Eigentumserwerb auf Seite des Jagdberechtigten als Folge der fremden Handlung anzunehmen.

Die eben angestellten Betrachtungen haben uns zu einem Resultate geführt, welches uns gestattet, die früher zurückgewiesene Analogie der Schatzfindung wieder aufzugreifen. Es ist bereits ausgeführt worden, worin der tiefgehende Unterschied zwischen diesem letzteren Falle des Eigentumserwerbes und jenem durch Wildoccupation liegt. Ueber diesen Unterschied hinaus springt uns bei genauerer Untersuchung eine auffallende Aehnlichkeit beider Fälle in die Augen, vorausgesetzt freilich, daß die Gesetzgebung den Satz ausspricht: der Jagdberechtigte wird Eigentümer des im Reviere von einem Dritten erbeuteten Wildes. Aehnlich wie der Jagdberechtigte das von einem Dritten occupirte Wild, so erwirbt nämlich auch der Eigentümer des Fundortes (resp. Fiscus) den von einem Dritten gefundenen Schatz oder Schatzantheil durch Reflexwirkung, (Ihering l. c. S. 296). Der Letzteren, welche bald eine partielle, bald eine totale ist, wohnt im Wesentlichen derselbe juristische Charakter inne, wie in dem eben erörterten Falle [315]). Auch hier liegt der Grund der Reflexwirkung lediglich in einer gesetzlichen Bestimmung, welche an die Schatzfindung die Wirkung des Eigentumserwerbes für einen Anderen als den Finder knüpft, (Ihering, S. 273). Diese Auffassung dürfte insbesondere vom Standpunkte des öst. Rechtes die richtige sein [316]). Gibt man aber das eben Be-

[315]) Vgl. Ihering, Reflexwirkungen, S. 263, 268, 273, 286. Auch die bei anderer Gelegenheit besprochenen Fälle: rei vind. des Soldaten od. Mündels auf Herausgabe der mit ihrem Geld gekauften Sachen, bringt Ihering, S. 288 unter den Gesichtspunkt der Reflexwirkung fremder Handlungen.

[316]) Zwei Streitpunkte kommen hier in Betracht, nämlich: 1. erwirbt der Grundeigentümer (Fiscus) den ihm gebührenden Schatzantheil ipso iure, oder hat er nur einen persönlichen Anspruch gegen den zunächst zum Eigentümer des ganzen Schatzes gewordenen Finder? sodann 2.: Wie hat man sich den Erwerb des Grundeigentümers (Fiscus) zu

merkte zu: so gelangt man zu der Ueberzeugung, daß der Fall der Schatzfindung für Jene, welche den Eigentumserwerb des

---

denken, wenn demselben der von einem Dritten gefundene Schatz ausnahmsweise ganz zufällt?

Ad 1. Die heutzutage schon für das röm. R. vielfach vertretene Auffassung, nach welcher der Grundeigentümer (Fiscus) ipso iure den ihm gebührenden Schatzantheil erwirbt (siehe z. B. Brinz, Pand. I. S. 572 u. Schwach, „Beitrag v. Eigentumserwerb am gefundenen Schatze nach röm. R." in Haimerl's V.-J.-Schr. Bd. 12 (1863), S. 132 ff.) (für das deutsche R. derselben Ansicht Stobbe, II. 2. Aufl. S. 647) hat gewiß in das öst. Recht Eingang gefunden. Schon die Textirung der §§ 399 u. 400, sowie das Hkzd. v. 16. Juni 1846, lassen füglich keine andere Deutung zu; (vgl. auch W.-G. G.-B. II. § 127 u. 128 u. selbst schon den Tract. de iur. incorp. T. 12, § 2 u. das Hfd. v. 25. Oct. 1771). Siehe außerdem Stubenrauch, 4. Aufl. S. 493, Z. 2 (übrigens mit unrichtiger Begründung); Kirchstetter, ad § 399 u. 400; auch Zeiller, II. ad § 399 u. 400 u. Winiwarter, II. S. 160—161, scheinen diese Ansicht zu theilen. Uebereinstimmend das preuß. L.-R. I. 9, § 81 ff.; dazu Dernburg, I. S. 496; ebenso das sächs. C.-G.-B. § 233, vgl. Siebenhaar, l. c. I. S. 225 lit. e) und wohl auch das Zürcherische C.-G.-B. § 632. Siehe auch Code civ. art. 716 u. Codice civ. ital. art. 714. Den Erwerb des Schatztheiles durch den Grundeigentümer hat man sich bekanntlich in sehr verschiedener Weise zu erklären versucht; vgl. über die einzelnen Meinungen Schwach, l. c. S. 131—132. Den u. E. richtigen Gesichtspunkt hat unter den öst. Commentatoren schon Zeiller, II. S. 182, (dem Nippel, III. S. 301, Z. 1 folgt) angedeutet, indem er bemerkt: „Billigkeit u. politische Rücksichten stimmen dafür, daß sowohl der Finder (§ 391) als der Grundeigentümer, von dessen Vorfahren der Schatz vielleicht herrührt, einen Theil davon erhalte." (Der noch nach § 399 dem Staate zufallende Antheil wird dagegen von Zeiller aus dem Grundsatze des § 287 abgeleitet.) Hiemit erscheint der streng positivrechtliche Character der in Frage stehenden Norm als hinlänglich betont. Die an die Schatzfindung geknüpfte Wirkung des Eigentumserwerbes wird, weil es das Gesetz bestimmt, auf mehrere Personen vertheilt. Wir haben es mit einem Erwerbe durch Reflexwirkung zu thun, welche lediglich in einer positiven Rechtsnorm ihren Grund hat; vgl. Ihering, Reflexw. S. 273.

Ad 2. Das positive Recht kennt Fälle, in welchen nicht der Finder als Solcher, sondern ein Anderer, regelmäßig der Grundeigentümer, den

Jagdberechtigten auf den Gedanken der unfreiwilligen Repräsentation aufbauen wollen — oder gar zugleich sofortige Verwir-

---

ganzen Schatz erhält. Vgl. insbes. a. b. G.-B. § 400 (ebenso W.-G. G.-B. II. § 128); siehe auch Tract. de iur. incorp. Tit. 12), Preuß. L.-R. I. 9, § 85—88, sächs. C.-G.-B. § 237, Zürcher. C.-G.-B. § 633; auch Codice civ. ital. art. 714. Schütze, l. c. S. 110—111 construirt nun diesen Erwerb seitens des Dritten ganz ebenso, wie den von ihm behaupteten Eigentumserwerb des Jagdberechtigten an dem durch einen Dritten widerrechtlich erbeuteten Wilde. Der Schatzfinder soll nämlich den Schatz zwar zu Eigentum erwerben, allein in demselben Momente wegen seines widerrechtlichen Gebahrens zu Gunsten des Grundeigentümers, (Fiscus, Angebers) verwirken, „so daß dieser im Erwerbe des ganzen Schatzes durch jenen unfreiwilliger Weise repräsentirt wird." Diese Construction scheint uns weder den allgemeinen Anforderungen einer juristischen Construction zu entsprechen, noch mit dem positiven Rechte in Einklang zu stehen. In ersterer Beziehung dünkt uns nämlich, daß dem Erfordernisse der Einfachheit folgende Auffassung mehr entsprechen dürfte. Liegt das gesetzlich näher bezeichnete widerrechtliche Gebahren des Finders vor, so erwirbt er den Schatz gar nicht, sondern der vom Gesetze bezeichnete Dritte allein. Sowie bei Abhandensein eines solchen Gebahrens die Wirkung der Entdeckung, nämlich der Eigentumserwerb, theils für den Finder, theils für einen Anderen eintritt, so äußert im vorausgesetzten Falle die Entdeckung für den Entdecker gar keine juristische Wirkung, — Erstere ist für ihn gar keine juristische Thatsache —, sondern ausschließlich für den vom Gesetze bezeichneten Dritten. Letzteres geschieht ganz unabhängig von dem Willen der Betheiligten. Wir haben es auch hier mit einem Erwerbe durch Reflexwirkung zu thun, nur daß diese eine totale ist. Für unsere Auffassung lassen sich übrigens auch positive Belege erbringen. Gewiß ist, daß die Textirung der §§ 399 u. 400 a. b. G.-B. derselben nicht entgegenstehen, sondern sie vielmehr unterstützen. Daß sich das W.-G. G.-B. II. § 129 des Ausdruckes „verwirken" bedient, den übrigens auch Zeiller, II. ad § 400 gebraucht, bildet keinen Gegenbeweis. Denn erstlich wird dieser Ausdruck auch auf den Fall des Nicht-Erwerbens bezogen; und sodann geht aus Zeiller's Bemerkungen zu § 400 deutlich hervor, daß er den Grund jener Norm in dem allg. Rechtsgrundsatze erblickt: eine gesetzwidrige Handlung kann für den Handelnden nicht rechtserzeugend wirken. Die Textirung der §§ 85—88 d. Preuß. L.-R. I. 9, spricht entschieden für unsere Auffassung. Man beachte in solcher Beziehung die Wendungen: „die ihm sonst gebührende Hälfte fällt dem

kung des durch den Wilderer erworbenen Eigentums zu Gunsten des Jagdberechtigten annehmen, keine Stütze bietet.

Diejenigen, welche den Eigentumserwerb des Jagdberechtigten auf die zuletzt bezeichnete Weise zu construiren suchen, operiren mit Fictionen. Unsere Darstellung dürfte aber erwiesen haben, daß wir ganz gut ohne alle Fiction auskommen. Sowohl die de lege lata als die de lege ferenda versuchte Construction unseres Verhältnisses wird uns zu der Ueberzeugung geleitet haben, daß die Wissenschaft der „Krücken" hier nicht bedarf, um nicht „auszugleiten." Was aber den Gedanken der Verwirkung des vom Wilderer erworbenen Eigen-

Fiscus anheim"; „er verliert sein Anrecht auf einen gefundenen Schatz"; „er wird seines Anrechts auf den Schatz verlustig"; der Fiscus „tritt an die Stelle des Uebertreters." Vollends keinen Zweifel läßt § 237 d. sächs. C.-G.-B. übrig, welcher u. A. erklärt: „Wenn der Eigentümer die verborgenen Sachen unter Vornahme einer strafbaren Handlung entdeckt hat, so erwirbt der Staat das Eigentum"; sodann: es „erwirbt" der Eigentümer des Fundortes „das Eigentum, soweit es sonst dem Finder zugefallen wäre." Dasselbe Resultat ergibt wohl auch § 633 d. Zürcher. C.-G.-B. Die vertretene Auffassung dürfte nur in einem Falle eine Modifikation erleiden. Nach § 399 a. b. G.-B. (ebenso nach anderen cit. Rechten) hat die Verheimlichung des Fundes (Unterlassung der Anzeige, Preuß. L.-R. I. 9 § 102 u. sächs. C.-G.-B. § 237) die Folge, daß der Schatz dem Finder nicht zufällt. Da nun einerseits das hier in Betracht kommende widerrechtliche Gebahren dem Finden nicht vorhergeht oder dasselbe begleitet, sondern demselben nachfolgt, andererseits aber das Finden (resp. die Occupation) als die eigentumserzeugende Thatsache erscheint, so gelangt man zu dem Ergebnisse, daß in diesem einen Falle der Finder allerdings den ihm gebührenden Schatz ganz od. theilweise erwirbt und erst später der Verlust eintritt, wo dann eine Verwirkung vorliegt Trotzdem besteht noch ein Unterschied zwischen dieser und der von Schütze vertretenen Auffassung. Denn während nach Letzterer Erwerb und Verlust in einen Zeitmoment zusammenfallen, sind nach unserer Auffassung Beide zeitlich getrennt. Ob übrigens in dem angeführten speciellen Falle der nachfolgenden Verlustthatsache rückwirkende Kraft beizulegen sei oder nicht, läßt sich schwer entscheiden. Für das sächs. C.-R. dürfte wegen § 237 d. C.-G.-B. das Erstere anzunehmen sein.

tums im Momente des Erwerbes betrifft: so verstößt dieses Auskunftsmittel gegen den Grundsatz der Oekonomie, gegen das Erfordernis der Einfachheit jeder juristischen Construction [317]). Um den Satz „der Jagdberechtigte erwirbt durch die Occupation des Dritten Eigentum am Wilde" juristisch zu erklären, wird zu dem Notbehelfe der Verwirkungsidee gegriffen. Fragen wir uns: weshalb wird denn zwischen der Occupation des Dritten und dem Eigentumserwerbe des Jagdberechtigten die Verwirkung als Mittelglied eingeschoben? Der Grund liegt offenbar darin, weil die bekämpfte Auffassung zunächst den unbefugten Occupanten zum Eigentümer des Wildes werden läßt; und warum? weil der Satz „res nullius cedit primo occupanti" besteht, der sich nicht beseitigen lassen soll. Dieser allein bildet den Stein des Anstoßes, das Hindernis, welches weder hinweggeräumt werden kann, noch beseitiget werden darf. Mit diesem Hindernisse aber entfällt der Notbehelf der Verwirkung. Daß jener Satz als unerschütterliches Dogma, als ein noli me tangere betrachtet wird, obgleich unseres Erachtens im fraglichen Falle hiezu weder ein theoretisches, noch ein praktisches Bedürfnis, vielmehr gerade das Gegentheil vorliegt, erscheint mir als der Hauptfehler der angefochtenen Construction. Trotzdem vielmehr das Bedürfnis lebhaft empfunden wird, dem Occupanten das Eigentum an seiner Beute abzusprechen, hält man es für eine unverzeihliche Versündigung an einer vom röm. Rechte ausnahmslos durchgeführten Regel, für unser modernes Recht von Letzterer eine Ausnahme zu statuiren. Sollte denn der im röm. Rechte noch nicht zur Entfaltung gelangte Begriff der anspruchigen Sache, des ausschließlichen Occupationsrechtes, in unserem Falle so ganz bedeutungslos erscheinen? Sollte der Satz: stellt sich die Occupation als Eingriff in ein fremdes Aneignungsrecht und demgemäß als Rechtsverletzung dar, so kann dieselbe nicht rechts-

---

[317]) Vgl. darüber Ihering, Geist d. röm. R., 2. Aufl. III. 1 S. 236 ff. u. II. S. 362—364. Besonders lehrreich sind in dieser Beziehung die Umwege des röm. R., um Stellvertretung u. Cession zu rmöglichen, II. S. 246—248 u. 251—252; vgl. auch S. 137, Anm. 252.

erzeugend wirken,— etwa weniger in's Gewicht fallen, als die allgemeine Regel: wer eine in Niemandes Eigentum befindliche Sache occupirt, wird Eigentümer derselben? Sollte denn das Recht das von ihm angestrebte Ziel, den Eigentumserwerb des Jagdberechtigten, nur auf Umwegen, nämlich zunächst Eigentumserwerb durch den Occupanten, sodann Verwirkung und dann erst Erwerb durch den Jagdberechtigten, zu erreichen vermögen?

Die eben gemachten Bemerkungen gelten denn auch von der von Kärger (l. c. S. 28—30, 174 ff.) versuchten, bereits berührten Construction. Nach ihm erwirbt zwar der Wilderer das Eigentum an seiner Beute. Allein der Jagdberechtigte kann den Wilderer „zwingen", die Sache wiederum zu einer herrenlosen zu machen, „zu entherren", um dadurch dem Berechtigten die Möglichkeit der einseitigen Aneignung, „Thätigkeitsermöglichung", zu verschaffen. Diese Construction führt durch eine lange Kette von Begriffen zu dem ersehnten Resultate, dem Eigentumserwerbe des Jagdberechtigten, nämlich: Occupation des Dritten, dessen Eigentumserwerb, Aufgeben des erworbenen Eigentums und Ermöglichung der Occupation für den Jagdberechtigten, Aneignung und Eigentumserwerb seitens des Letzteren.

Man vergleiche hiemit die in den von uns versuchten Constructionen enthaltenen Begriffsreihen. De lege lata: Besitzergreifung des Dritten, Ermöglichung der Occupation für den Jagdberechtigten, Aneignung und Eigentumserwerb durch den Letzteren. De lege ferenda: Occupation des Dritten, sofortiger Eigentumserwerb auf Seite des Jagdberechtigten.

Auch Kärger's eben dargelegte Auffassung erscheint lediglich als Consequenz des starren Festhaltens an dem Satze: res nullius cedit primo occupanti. Dieser gilt ihm als unverletzbares Dogma, als unübersteigbares Hindernis. Der von Kärger geforderte „Entherrungs"-Act des Wilderers zum Zwecke der Ermöglichung der Occupation für den Jagdberechtigten erinnert uns an die sogenannten Constructionshandlungen der Römer [318]),

[318]) Ihering, Geist d. r. R. III. 1. S. 369 ff.

an jene Handlungen nämlich, „die lediglich im Interesse der juristischen Construction erzwungen und vorgenommen wurden, um den bisherigen Rechtsmechanismus beizubehalten.“ Daß derartige Notbehelfe dem Stande der modernen Wissenschaft und Gesetzgebung nicht mehr entsprechen, erscheint wohl als selbstverständlich.

Werfen wir noch einen flüchtigen Blick auf die übrigen ausschließlichen Occupationsrechte des öst. Rechtes[319])

Das Wesen aller dieser Aneignungsrechte ist in den hier in Betracht kommenden Beziehungen das gleiche. Die Zulässigkeit sinngemäßer Ausdehnung der gewonnenen Ergebnisse auf jene Rechte dürfte daher keinem Zweifel unterliegen[320]), eine Behauptung, welche namentlich von der de lege lata vertretenen „Theorie des bloßen Besitzerwerbes[321])“ und der im Anschlusse an dieselbe construirten Occupationsklage gilt. Eine ausdrückliche Entscheidung haben die behandelten Fragen bezüglich der übrigen! Aneignungsrechte in der öst. Gesetzgebung gleichfalls nicht gefunden; aber ebensowenig steht irgend eine Norm der bezeichneten Ausdehnung entgegen.

Die öst. Schriftsteller haben jenen Fragen auch hinsichtlich der übrigen privilegirten Occupationsrechte keine Aufmerksamkeit gewidmet. Blos die 4. Aufl. des Stubenrauch'schen Commentar's enthält (S. 500) in Bezug auf das in § 407 normirte An-

---

[319]) Siehe dieselben auf S. 120—124. Das Fischereirecht bedarf einer weiteren Erörterung nicht, da auf dasselbe ohnedies sehr häufig, meist ausdrücklich, Bezug genommen wurde.

[320]) Die Grenzen solcher Ausdehnung ergeben sich aus der Eigenart der einzelnen Occupations-Rechte von selbst. So z. B. stehen nur Einige derselben dem Grundeigentümer auf seinem Grund u. Boden zu, (§ 384 bei Bienenschwärmen, möglicher Weise das Bergoccupationsr. u. regelmäßig das Recht auf Gewinnung von Sand, Steinen, Eis u. dgl. bei fließenden Privatgewässern nach § 10, 17 u. 18 L.-W.-G.). Wo aber dieses Moment nicht zutrifft, kann selbstverständlich von einem indirecten, durch das Grundeigentum gewährten Schutz keine Rede sein.

[321]) Einen Beleg hiefür bietet die cit. Entsch. d. ob. G.-H. v. 10. Febr. 1857 (G. U. W. Nr. 1014).

eignungsrecht (insula in flumine nata) die Bemerkung: „Bis zur factischen Occupation durch den hiezu Berechtigten ist die Insel eine sog. anspruchige Sache. Der Occupationsberechtigte hat gegen jeden dritten unberechtigten Occupanten eine actio in rem scripta auf Gestattung der Occupation." Dasselbe soll für das Aneignungsrecht der §§ 409 u. 410 (alveus derelictus) gelten, (S. 501 Z. II.).

Diese Ansicht ist im Hinblick auf die angestellten Betrachtungen de lege lata gewiß die richtige. Wie kömmt es nun aber, daß im genannten Commentar (4. Aufl. S. 478) bezüglich der von einem Dritten vorgenommenen Besitzergreifung von Wild oder Fischen nicht die gleiche Auffassung, vielmehr die Repräsentations-Theorie vertreten wird? Diese Verschiedenheit der Entscheidung zweier im Wesentlichen gleichgearteten Fälle ist vom gesetzlichen Standpunkte aus ganz unmotivirt.

Anders verhält es sich freilich, wenn wir die Normirung der Aneignungsrechte de lege ferenda in das Auge fassen. In den Fällen der §§ 407, 409 u. 410 haben wir es mit der Occupation von Immobilien zu thun, in allen übrigen Fällen dagegen mit Sachen, welche entweder schon als Mobilien occupirt werden, (z. B. Wild, Fische, Bienenschwärme) oder doch in Folge von Separation zu Mobilien werden, (z. B. Fossilien). Dieser Unterschied ist allerdings von praktischer Bedeutung. Bei Immobilien liegt im Gegensatze zu Mobilien die Möglichkeit der Uebertragung der Sache in ein fremdes Occupationsgebiet nicht vor. Gerade aus dieser Möglichkeit aber ergibt sich, wie bezüglich des Jagd- (u. Fischerei-) Rechtes zu zeigen versucht wurde, die Unvollkommenheit des durch die bloße Occupationsklage gewährten Rechtsschutzes[322].

---

[322]) Die Immobiliarqualität des Occupationsobjectes hätte die weitere Folge, daß die Frage, ob die Occupationsklage unbeschränkt gegen jeden dritten Erwerber zulässig sei, gar nicht aufgeworfen zu werden braucht, weil die Ausnahmsfälle des § 367 a. b. G.-B. (Art. 306 H.-G.-B.) kaum practisch werden dürften. (Anders verhält es sich freilich mit § 824 a. b. G.-B.) Bei allen übrigen Aneignungsrechten ist diese

De lege ferenda also ließe es sich immerhin rechtfertigen, wenn man der Ansicht huldigt, daß zwar beim Jagd- und Fischereirechte, nicht aber in den Fällen der §§ 407, 409 u. 410, der ausschließlich Aneignungsberechtigte durch die Occupation eines dritten Eigentümer wird.

Trotzdem halte ich de lege ferenda die Vermittlungs-Theorie [323]) auch für die bezeichneten Fälle als empfehlenswerth. Denn erstlich ist der hier maßgebende Thatbestand im Wesentlichen bei allen privilegirten Occupationsrechten derselbe. Gleichgeartete Fälle erheischen aber auch eine gleiche rechtliche Behandlung. Dazu kömmt der Umstand, daß die Vermittlungstheorie eine sehr einfache, jede Schwierigkeit ausschließende Gestaltung des Rechtsschutzes in sich schließt. Gleichförmigkeit und Einfachheit des Rechtsschutzes lassen also die gesetzliche Anerkennung der Vermittlungstheorie für alle privilegirten Aneignungsrechte gewiß als sehr wünschenswerth erscheinen.

Noch ein kurzer Rückblick auf die in dieser Abhandlung angestellten Betrachtungen und gewonnenen Ergebnisse sei uns gestattet. Letztere dürften uns wohl die Ueberzeugung von der Wahrheit der in der Einleitung gemachten Bemerkungen verschafft haben. Es unterliegt kaum einen Zweifel, daß man sich bei Abfassung unserer Jagdgesetze eines guten Theiles der hier untersuchten Fragen gar nicht bewußt war, daß man außerdem so manche Frage in einem schiefen Lichte betrachtete oder für zu unbedeutend hielt, um derselben eine ausdrückliche Normirung angedeihen zu lassen.

Frage, wie hinsichtlich des Jagdrechtes gezeigt wurde, allerdings von Bedeutung, eine vollkommen sichere Beantwortung derselben jedoch nicht zu gewinnen. Auch nach dieser Richtung hin bereitet also in den Fällen der §§ 407, 409 u. 410 die bloße Occupationsklage keine Schwierigkeiten.

[323]) Vermittlungs-Theorie, jedoch nicht in dem Sinne von Repräsentations-Theorie. Um Misverständnisse zu vermeiden, könnte man Erstere auch Reflextheorie nennen.

Dieser Sachverhalt und die mangelhafte Textirung, namentlich die dem Inhalte der geltenden Gesetzgebung widerstreitende, irreführende Ausdrucksweise, welche dem Jagdberechtigten Eigentum am freien Wilde zuzusprechen scheint, erschweren in hohem Maße die sichere Entscheidung der aufgeworfenen Fragen.

Die Postulate, welche im Hinblick auf die gewonnenen Ergebnisse an die Gesetzgebung ergehen, fasse ich in Kürze folgendermaßen zusammen.

Erstens wäre der Gedanke, daß das Jagdrecht ein mit dem Grundeigentume verbundenes Realrecht ist, welches auf fremden Grund und Boden als dingliches Recht (Grundgerechtigkeit) nicht begründet werden kann, in unzweideutiger Weise zum Ausdrucke zu bringen.

Die Gesetzgebung dürfte sodann keinen Zweifel bezüglich der den wesentlichen Inhalt des Jagd- und Fischereirechtes bildenden Befugnisse aufkommen lassen, so daß die Begriffsbestimmung dieser Rechte ohne Schwierigkeit aus den einzelnen Normen abstrahirt werden kann. Insbesondere hätte die Gesetzgebung an dem der Natur der Sache entsprechenden Grundsatze der Herrenlosigkeit des in statu libertatis befindlichen Wildes (ebenso der Fische) strenge festzuhalten.

Dieses Princip, zugleich aber auch das Moment der Ansprüchigkeit, resp. das ausschließliche Anrecht des Berechtigten auf den Eigentumserwerb, wäre in prägnanter Wortwendung hervorzuheben.

Was endlich den Rechtsschutz des Jagd- und Fischereiberechtigten anbelangt, so hätte die Gesetzgebung u. zw. bezüglich aller ausschließlichen Aneignungsrechte, die Theorie des bloßen Besitzerwerbes und die darauf sich gründende Occupationsklage in Würdigung der dargelegten Erwägungen aufzugeben und im Anschlusse an die Vermittlungstheorie den Satz auszusprechen: durch die Besitzergreifung einer herrenlosen Sache, auf deren Erwerb einer bestimmten Person ein ausschließliches Anrecht zusteht, erwirbt diese Letztere, von wem immer die Occupation vorgenommen wird, das Eigentum.

Inhaltsübersicht.

Zusatz zu Anm. 59:

Vgl. auch die im Novemberheft 1882 S. 67—71 der „Mittheilungen des steiermärkischen Jagdschutz-Vereines" abgedr. Entsch. d. Wiener Landesger., welche mit aller Entschiedenheit für die Annahme von Eigentum des Jagdberechtigten am freien Wilde eintritt.

Wichtigere Berichtigungen.

Seite 10	Zeile 6	von	unten	lies:	verstehen.
„ 42	„ 3	„	„	„	konnte.
„ 43	„ 3	„	oben	„	Codex Theresianus II. 1. Nr. 177.
„ 104	„ 8	„	unten	„	Gesichtspunkt.
„ 107	„ 4	„	„	„	apprehendirten.
„ 117	„ 7	„	„	„	den.
„ 136	„ 3	„	oben	„	Thiere.
„ 138	„ 11	„	„	„	Besitzerwerbes.
„ 182	„ 5	„	„	„	Dritten.
„ 182	„ 6	„	unten	„	einem.
„ 183	„ 10	„	oben	„	fremdem.
Anm. 7	„ 7	„	„	„	des.
„ 74	„ 12	„	„	„	Titius.
„ 91	„ 10	„	unten	„	Eigentum.
„ 99	„ 9	„	oben	„	Straffachen.
„ 157	„ 6	„	„	„	folgende.
„ „	„ 4	„	unten	„	Aufsichts=.
„ 248	„ 20	„	oben	„	des.
„ 275	„ 1	„	unten	„	fuerat.
„ 317	„ 1	„	„	„	ermöglichen.

Seite 180 „ 8 ist das Ausrufungszeichen zu streichen.